Law Reform Commission of Canada

Working Paper No.4

CRIMINAL PROCEDURE

discovery

June 1974

©
Information Canada
Ottawa, 1974
Cat. No.: J32-1/4-1974

NOTICE

This *Working Paper* presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing by September 1, 1974 to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Honourable E. Patrick Hartt, Chairman

Honourable Antonio Lamer, Vice-Chairman

William F. Ryan, Q.C., full-time member

Dr. J. W. Mohr, full-time member

Mme Claire Barrette-Joncas, Q.C., part-time member

John D. McAlpine, part-time member

Criminal Procedure

Project Staff

Darrell W. Roberts, B.A., LL.B., LL.M., Director

Louise Arbour, B.A., LL.L.

David Pomerant, B.A., LL.B.

Consultants

Jerome Atrens, Professor, Faculty of Law, University of British Columbia

Herbert R. Taylor, Senior Programmer Analyst, Computing Center, University of Ottawa

CONTENTS

I

The Importance of Criminal Procedure 1

II

The Nature of the Criminal Process 5

III

The Criminal Process and Discovery 13
(a) The Reasoning of the Adversary System and Discovery 13
(b) Guilty Pleas and Discovery 14

IV

The Extent of Present Discovery 17
(a) In Law 17
(b) In Practice 19

V

General Principles Guiding the Establishment of A Discovery System 25
(a) A Formal System 25
(b) The Information and Material to be Disclosed 26
(c) The Procedures for Effecting Discovery 27
(d) Abolition of the Preliminary Inquiry 28
(e) The Question of Discovery of the Defence 29
(f) The Scope of the Discovery System 31

VI

A Proposal For Reform 33
(a) General Description 33
(b) Discovery Proposal 35

I

The Importance of Criminal Procedure

1. In the foreword to *The Accused*, a comparative study of the criminal procedure systems of a number of countries, Leslie Scarman, later Chairman of the English Law Commission, emphasized the importance of procedural law by asserting that:

> "(I)n the civilized world the substantive criminal law does not greatly differ from one legal system to another: nor—with a few exceptions (eg. political offences, capital punishment, the treatment of the young offender)—do the differences greatly matter. If a man is proved a thief, he is almost the world over convicted of crime. But how does society set about proving its case and punishing the guilty? Here is the rub: for justice and liberty depend not so much on the definition of the crime as on the nature of the process, administrative as well as judicial, designed to bring the alleged offender to justice."[1]

This statement seems to capture the very special importance of criminal procedure and thus leads nicely into a discussion of Canadian criminal procedure and its possible reform, which is the central purpose of this working paper. But, one might ask, does it take us too quickly into a discussion of procedure? After all, one would not have to be concerned with the nature of the criminal process if there were no human acts defined as criminal and made subject to that process.

2. Thus, to assert that "justice and liberty depend not so much on the definition of the crime as on the nature of the process. . . designed to bring the alleged offender to justice", necessarily assumes that society is justified in repressing certain acts by the use of the criminal process, i.e. by police intervention, by prosecution, by stigmatization in the determination of guilt and by the application of a criminal sanction such as imprisonment. But of course bound up in this assumption are very difficult questions. What is the aim and purpose of criminal law? Is its purpose to protect society, or to reduce crime, or to rehabilitate offenders? Or is its purpose a combination of all three of these together with a recognition of society's right, indeed duty, to take note of an offence, to not allow it to go unchecked, and in this way to affirm, clarify, and support basic values?

---

[1] J. A. Coutts, editor, *The Accused*, London 1966.

However, even preliminary to these questions, it might be asked why are certain acts made criminal; indeed, what is criminal law?

3. However it is unnecessary, perhaps even unwise, to go beyond the mere statement of these basic questions. This is a paper on criminal procedure not on the aims and purposes of the criminal law and whatever the ultimate answers to these questions, if there are any, it seems safe to hazard the opinion that the criminal process will be with us for some time to come. Therefore it is enough to recognize that in moving to a discussion of the procedures of the criminal process a major assumption is involved as to the validity of that process. In other contexts such as papers on the principles of sentencing, on the classification of offences, and on alternatives to the criminal process, this assumption and the questions posed above may be more properly examined.

4. At this point however, something more should be said about possible alternatives to the criminal law process. In posing the question "how does society set about proving its case and punishing the guilty", it is clear that Leslie Scarman was referring to the pre-trial and trial process by which guilt or innocence is determined. It is in this context, including the guilty plea process, that this working paper examines Canadian criminal procedure and discovery. But this is not the only context in which the criminal process may be defined. In fact even in present Anglo-American criminal law systems the criminal process includes situations where offences are committed and the actors identified but, in the exercise of discretion either by police or prosecutors, formal charges are not preferred. Or once charges have been preferred they are withdrawn or abandoned. These practices are also part of the criminal process.

5. More recently, experimental projects in the United States and Canada have sought to build on the discretionary power of the State in the charging of crime, i.e. the power to charge, not to charge or to abandon a charge, by developing that power into an alternative system to the traditional plea and trial process. In 1969 in New York the Vera Institute of Justice developed a project that diverted alcoholics from the criminal justice process by their voluntary participation in a program of alcohol detoxification. This diversion project then expanded to include young criminal offenders. Its aim was to stop the development of criminal careers by entering the court process after an individual had been arrested but before trial; offering the accused counseling and a start on a legitimate career by a job placement and, subject to his co-operation, a dismissal or abandonment of the prosecution. The Vera Institute ten year report notes that through the efforts of this project an encouraging number of individuals were able to change their anti-social life styles. Similar projects have been established in a number of other American cities—among them San

Antonio, San Francisco, Boston, Newark, Cleveland, Baltimore, Minneapolis, and Washington.

6. In Washington the diversion experiment is called Project Crossroads and it too has demonstrated the feasibility of working with the court and its personnel to provide a pre-trial intervention alternative for youthful first-time offenders. Through intensive counseling, job placement, remedial education, and other supportive services over a three month period following arrest but before trial, the program attempts to reorient young offenders before they are committed to crime as a way of life. If, at the end of the three month period, the defendants have shown satisfactory progress, the court will, upon Crossroad's recommendation, dismiss the charges. These diversion programs may be just the beginning of a completely different approach in dealing with criminal offenders. There is no reason why their success should be limited to alcoholics or youthful offenders. In fact the report of the American National Conference on Criminal Justice published in January of 1973 recommends that the diversion alternative, the halting or suspension before conviction of formal criminal proceedings upon an accused agreeing to participate in a rehabilitative or restitutive program, should be more widely used.

7. In Toronto, the East York Criminal Law Project has been examining criminal occurrences to determine whether some situations would be better handled in a non-adversarial criminal process. While the final report has not been received, interim reports strongly suggest that many offences that arise in the context of continuing relationships, such as an assault by a husband on his wife, would be better resolved in an arbitration type proceeding rather than in the traditional trial process which tends to lead to an alienation and polarization between the accused and the victim.

8. The full extent to which diversion programs might be developed in Canada will have to be left for another paper. But the benefits of diversion seem obvious enough, in allowing for criminal disputes to be resolved without the stigmatization of conviction, in employing broad assistance and resource services at an early stage, and in freeing the formal trial proceedings for more deserving or serious cases. However, in pursuing these benefits care must be taken not to cause unjustified participation in diversion programs. An accused who maintains his innocence should remain in the criminal trial process. To allow for involuntary or coerced participation is to violate in the name of treatment all of the due process safeguards that would otherwise be available in the criminal trial process.

9. But while this brief outline of the potential of diversionary programs makes for a wholly new context for discussion of the criminal process, there can be no diversion unless there is something to be diverted from. Thus behind the diversion alternative remains the more limited criminal

process for determining guilt or innocence in bringing the alleged offender to justice. Referring to the earlier assumption, for many cases, including more serious crimes and all crimes where the prosecution is continued and responsibility denied, this criminal process will be with us for some time to come. Thus interest in the concept of diversion must not deflect one from an examination of the traditional criminal process in both its pre-trial and trial stages. It is this examination to which we now turn, although the subject of the diversion alternative will be returned to later in examining the guilty plea process.

II

The Nature of The Criminal Process

10. In proceeding to an examination of Canadian criminal procedure and the special issue of discovery in criminal cases, it will be helpful to pause and consider the nature of our existing criminal process. This review will cover its purpose and its form so that the significance of discovery, the disclosure to the other side of information, objects, or theories—in fact anything that may be relevant to the conduct or defence of a criminal prosecution—may be more clearly understood.

11. Unlike the difficulty encountered in answering the question as to the aim and purpose of the criminal law, it can be safely said that, given the existence of criminal law, the primary aim of the criminal process in the more limited context of bringing alleged offenders to justice is the determination of the guilt or innocence of those alleged offenders. In fact this is clearly the aim of all criminal procedure systems.

12. It is the pursuit of this aim, the procedure leading to the conviction of those who have committed criminal acts and the acquittal of those who have not, that is sometimes referred to as the pursuit of truth in the criminal process. The statement of the aim in this form emphasizes the concern that when the State does intervene by the criminal process in a person's life, it should be clear about its purpose and seek to establish responsibility to a satisfactory degree.

13. But the pursuit of truth in the criminal process is not an absolute value. Few jurisdictions, none in the western world, permit the use of truth drugs as part of the criminal process or force accused persons to undergo surgical operations to recover incriminating evidence—although in Canada the obligation on a suspected impaired driver to provide a breath sample, the failure or refusal to do so being an offence punishable on summary conviction, may be seen by some as a short but unmistakable step in this direction. Yet it is clear that society is not prepared to trample on all other interests in the search for truth and thus a second fundamental concern of the criminal process is respect for human dignity and privacy. There is perhaps no better statement of this concern than that of Vice-Chancellor Knight Bruce in the venerable English case of *Pearse v. Pearse*, (1846) 1 De. G. & Sm. 12, at page 28 where he said:

"Truth, like all the good things, may be loved unwisely—may be pursued too keenly—may cost too much".

14. There is a second general barrier to an untrammelled search for the truth in the criminal process that stems from a concern to minimize the risk of convicting innocent persons. In our own system the two best known examples of this concern are the principles that an accused is presumed to be innocent until proven guilty and the burden of proof on the prosecution to prove its case against an accused beyond a reasonable doubt. While these principles together with certain rules of evidence may be seen as attempts to improve fact-finding accuracy and therefore to lead to a high quality of truth, the extent to which their application may lead to the acquittal of accused persons who are factually guilty may cause some to view them as barriers to a search for truth. The problem here is that criminal procedure has a dual purpose of convicting the guilty and acquitting the innocent. "But unfortunately there is a conflict between these two goals: the more we want to prevent errors in the direction of convicting the innocent, the more we run the risk of acquitting the guilty".[2] Thus if the goal of pursuit of the truth is perceived as maximizing the number of positive results, convictions, as opposed to negative results, acquittals, these principles and rules will be regarded as barriers to the attainment of this goal.

15. Of course most criminal procedure systems have these or similar barriers, although there are noticeable differences. But rather than pursue a comparison of these differences it would seem better to simply state that a sound system of criminal procedure must take account of three concerns: pursuit of truth, respect for human dignity, and protection against the risk of convicting innocent persons. Moreover one can safely state that these concerns are reasonably well respected in our system, subject to certain tensions and disputes at various points in their application.

16. But what of the form of our criminal process for bringing alleged offenders to justice? Does it assist in realizing these principal aims or concerns of the process, and how do these matters, the concerns of the process and its form, relate to discovery in criminal cases?

17. Taking up the question of the form of our criminal process, it is well understood that in Canada, in common with England, the United States, and other countries whose trial systems are of English origin, we have an adversary system as opposed to the non-adversary or inquisitorial systems of France and West Germany. But the terms adversary versus non-adversary, or accusatorial as opposed to inquisitorial are much too imprecise to be employed without some definition or description. Yet is

[2] Mirjan Damaska, "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study", U. of Penn. L.R. 506, 576 (1973).

it necessary for the purposes of this paper to digress in an analysis of these terms?

18. In the first research program of the Law Reform Commission, the Commission expressed its concern to study "the effectiveness of the adversary system". And in fact this working paper on discovery in criminal cases is a major study concerned with the effectiveness of our criminal law process—which is an adversary system. Therefore, can we leave it at that and not worry about what is meant by the adversary system?

19. Obviously we cannot. One cannot determine whether the system is effective if it is not known what it is and what its rationale is. Moreover, since this study does not compare the effectiveness of the adversary system with the inquisitorial systems of France or West Germany, but assumes that the adversarial form of our criminal process will remain, one cannot even begin to determine if that assumption is sound without being sure of the meaning of the label: adversary. Thus this digression cannot be avoided.

20. While the expressions "adversary" (or "accusatorial") and "non-adversary" (or "inquisitorial") are sometimes used in a variety of senses and while it is not always clear which sets of features are determinative of either system, there is an opposition between them which fixes the essential characteristics of each system. The fundamental matrix of the adversary model is based upon the view that the proceedings should be structured as a dispute between two sides—in criminal cases, between the prosecution representing the State and the accused—both appearing before an independent arbiter, the court, which must decide on the outcome. Flowing from this matrix the dispute depends upon the parties for the determination of the issues in dispute and for the presentation of information on those issues. Thus the protagonists of the model have definite, independent, and generally conflicting functions. In drawing the charge or in reviewing a charge laid by the police, the prosecutor determines the factual propositions he will attempt to prove and then marshalls the evidence in support of them. Further, should the accused dispute the charge, the prosecutor has the burden of presenting the evidence in court, and the burden of persuasion in proving the factual propositions. The accused, on the other side of the dispute, decides what position will be taken in respect to the charge, whether one of admitting or disputing it, and if the latter, the accused then decides which factual contentions will be advanced and then presents the evidence in support of them. In the middle of the dispute the adjudicator's role is that of an umpire seeing to it that the parties abide by the rules regulating the contest, and then at the end he determines the right and proper decision.

Although at some points this description may seem an over-simplification, emerging from it as essential characteristics of the adversary system are the relatively active roles of the parties in preparing and presenting the dispute and the relatively passive, independent, and impartial role of the court.

21. By contrast however, in the alternative, inquisitorial system the decision-maker independently investigates the facts, or has them investigated and prepared for him, and the proceedings are not conceived of as a dispute but as an official and thorough inquiry. Such proceedings are incompatible with the structuring of issues by the parties; indeed parties in the sense of independent actors are not needed.

22. Once again, while this description may seem over-simplified, what emerges as the essential characteristic of the non-adversary or inquisitorial system is the reliance on the active role of the judge and the relatively inactive role of the parties—in contrast with the adversary model. Thus the core of the opposition between these two systems lies in the alternative ways of conceiving of the adjudicator's role in pursuing the facts: judicial independence and passivity, relatively speaking, in contrast with judicial activity.

23. It is this core opposition between the two systems that is at the heart of the assumption that the adversary system will remain as the proof process both pre-trial and at trial in Canadian criminal procedure in bringing "alleged offender(s) to justice". In other words the assumption is that the essential characteristics of the adversary system, reliance on the relatively active roles of the parties in preparing and presenting the dispute and the relatively passive, independent, and impartial role of the court, will remain, and that the essential characteristics of the non-adversary (or inquisitorial system), reliance on the relatively active role of the court and the inactive role of the parties will not, indeed, need not be adopted.

24. When stated this way it becomes clear that adherence to the adversary system is not simply the result of an aura of dread and mistrust surrounding the adjective "inquisitorial". Of course in much earlier times in The Inquisition and the criminal proceedings of the Star Chamber, inquisitorial proceedings were associated with secret investigations, lengthy pre-hearing incarcerations without specific accusations, torture to obtain confessions (being the only legal proof in serious cases), and judgments rendered on the evidence gathered by investigators without formal hearings or even without having the decision-makers see the accused. And although these characteristics were not essential to inquisitorial proceedings, their relationship to this system of proof-taking left a profound aversion in Anglo-American history to anything inquisitorial. But more than history, it is assumed that the essential characteristics of

the adversary model will remain because it is not just a model, it is our system; it is the only criminal procedure system that our legal profession, our judiciary, and most people in our society have ever known. One aspect of this fact is that for reasons of history, ideology, or simply familiarity, many people are committed to it. Another aspect is that it would be a monumental task to change from the essential characteristics of the adversary system to the essential characteristics of the inquisitorial system. As a start the judiciary, the legal profession, and the public would have to be re-educated into a system that many would find philosophically unacceptable. Finally, to rest this assumption on an even higher plane, it is not at all clear that the adversary system is any less accurate or reliable in the pursuit of truth in the criminal process than the inquisitorial system. Here, one must leave aside the other concerns of respect for human dignity and protection against the risk of convicting innocent persons (which appear to have been at least as well accommodated in the adversary system as in any non-adversary system) and concentrate on fact-finding precision. On the narrow issue of adversary versus non-adversary presentation of evidence, it may well be the case that the fact-finding precision of the adversary method is preferable to that of the non-adversary method. At present, opinions on this issue are divided although the predominant view in Anglo-American jurisdictions is that the adversary method of proof-taking is to be preferred.

25. But, to avoid a misunderstanding, a final view on this issue does not have to be expressed. It is enough to support the assumption of the continuance of the adversary system to note that the burden of proof is clearly upon those who would advocate a different, non-adversarial system of proof-taking in the criminal process. And with the precise definition of the essential characteristics of the adversary system and the reasons why these essentials of the system should remain, it seems clear that at present this burden cannot be discharged.

26. This does not mean however that the adversary method, particularly in the criminal process, is free from criticism. Quite the contrary, the very concept of discovery in criminal cases, as will be argued later, is a response to the excesses of the adversary method when it is allowed to function unrestrained. But with the establishment of a discovery system it may then be concluded that the assumption of the continuance of the adversary system is sound.

27. While the discussion to this point has concerned itself with delineating the essential characteristics of the adversary system in order to understand the assumption as to its continuance and to establish a basis for our later examination of discovery, something is still missing. It is not every case that is adjudicated. In fact, quite the reverse, most criminal charges

are disposed of by guilty pleas. Recent studies in Canada indicate that accused persons plead guilty in about 70 percent of all criminal cases.[3] Thus an examination of the form of the criminal process that ignores the guilty plea process is quite inadequate.

28. But like the assumption of the continuance of the adversary system at trial and the procedures leading up to trial, it is also assumed that the guilty plea process will continue. Quite apart from the development of this process as a natural extension of the adversary system's reliance on the parties to structure the issues in dispute, and hence to determine if there is any dispute at all, there are a number of reasons why the guilty plea process will remain. First, it would be prohibitively expensive to process every case through to trial. To do so would require vast increases in judges, prosecutors, and court facilities and it is most unlikely that such increases would be made. Second, a limited use of the trial process for cases where matters are really in dispute may aid in preserving the significance of the presumption of innocence. And third, provided that care is taken in the process to make sure that an accused person is fully aware of the nature of the charge, the circumstances of the offence, and the consequences of a guilty plea, so that the plea is as free and voluntary as can be provided, it makes for practical good sense to ask someone charged with a criminal offence to admit or deny guilt.

29. This concludes our brief review of the nature of our existing criminal process covering its purpose and its form both at the trial and pre-trial stages. It is a system that allows for the accused to plead guilty or not guilty in response to charges alleged by the state, and at the trial stage it is a system that employs the adversary method in attempting to prove the case against the accused. As well, it is a system which pursues the truth of allegations of criminal conduct while respecting human dignity and privacy and attempting to minimize the risk of convicting innocent persons. As such, it is a system which has these well known features:

(a) The burden of proving guilt is on the prosecution throughout the trial being proof beyond a reasonable doubt on each and every essential ingredient of the charge.

(b) Throughout the criminal process, a person accused of crime is presumed innocent. He may remain silent and so require his guilt to be proven without his assistance. This does not, of course, mean that the police may not question him nor does it mean that they cannot offer in evidence a confession he may voluntarily make. Neither does it mean that inferences cannot be drawn

---

[3] See J. Hogarth, *Sentencing as a Human Process*, 270 (1971); *Canadian Civil Liberties Education Trust*, Due Process Safeguards and Canadian Criminal Justice 39 (1971); *Report of the Canadian Committee on Corrections*, 134 (1969).

against his credibility if he testifies in his own defence and offers explanations of his conduct that could have been offered earlier, inferences the strength of which may, of course, be tempered or dispelled by the circumstances surrounding his earlier silence. His right to be silent does mean, however, that knowing the risks involved, he may, if the chooses, play a passive role from beginning to end.

(c) At the conclusion of the prosecution's case the accused has the right to point to the absence of any evidence on any issue that is essential to guilt, or in the case of jury trials to inadequate circumstantial evidence, and thereby be acquitted.

(d) Or at the end of the prosecution's case, having elected not to call any evidence, the accused has the right to raise as a primary defence the weakness of the evidence for the prosecution and the existence of a reasonable doubt.

(e) At any time up until conviction, the accused has the right to offer a full answer and defence.

III

The Criminal Process and Discovery

30. Having outlined the purpose and form of our criminal process, the central question then becomes: what is the relationship between this purpose and form and discovery? Cannot the purpose of the process be realized without worrying about causing one side to disclose its case to the other? Cannot the form of the process, both for guilty pleas and at trial, work without discovery? The short answer is, however, that neither the purpose of the process nor the reasoning behind its form can be properly realized without discovery, and the object of this part of our paper is to develop this proposition.

(*a*) *The reasoning of the Adversary System and Discovery*

31. In regard to the purpose of the criminal process, defined earlier as pursuing the truth of allegations of criminal conduct while respecting human dignity and privacy and attempting to minimize the risk of convicting innocent persons, it may be argued that in an adversary setting of dispute resolution it is unlikely that this purpose will be achieved on any consistent basis without discovery. The police and the prosecution investigate, gather information, commence criminal prosecutions, and seek to establish the guilt of accused persons beyond a reasonable doubt. They do so in a setting which allows them almost total control over the evidence that will be introduced to establish guilt and, conversely, the evidence that will be ignored, either by not being followed up by further investigation or by not being offered at trial. This is not to suggest that in performing these roles the police and the prosecution will consciously withhold valuable information from the defence. But is does mean that without pre-trial disclosure of witnesses and their evidence and without disclosure of tangible evidence, for the vast majority of cases in which the defence does not have its own investigative resources or cannot afford them, or even in cases where such resources are available but the prosecution evidence will not be revealed by an independent investigation, the defence will be less able to examine and challenge the prosecution evidence and to expose that which may be suspect. It means also that without disclosure to the defence of evidence the prosecution does not intend to call at trial because it may seem irrelevant or unimportant, the defence is deprived of evidence which from a different perspective may indeed be relevant or lead to the finding

of relevant evidence. It means therefore that the absence of discovery to the accused places a serious limitation on the realization of the purpose of the criminal process.

32. This limitation is imposed on the achievement of the purpose of the criminal process because the effectiveness of the adversary system of trial is diminished when it is allowed to operate without discovery. Yet, while a relative lack of discovery may seem natural to the operation of the adversary system, it is far from essential. In fact it would seem that in order to achieve a rational working of the adversary model the very opposite is the case. As stated by former Chief Justice Traynor of the California Supreme Court, California being a jurisdiction that has taken major strides in providing for pre-trial discovery in criminal cases,

> "The plea for the adversary system is that it elicits a reasonable approximation of the truth. The reasoning is that with each side on its mettle to present its own case and to challenge its opponent's, the relevant unprivileged evidence in the main emerges in the ensuing clash. Such reasoning is hardly realistic unless the evidence is accessible in advance to the adversaries so that each can prepare accordingly in the light of such evidence".[4]

33. Therefore one may conclude that discovery is essential to the rational and effective operation of the adversary system and that this is especially the case in the criminal process as to the need for discovery to the accused. The case is rare where the accused has the same opportunities and capacities for investigation as the prosecution and therefore he is the party most likely to be adversely affected by a lack of discovery. No doubt on occasion a lack of discovery may adversely affect the prosecution too, a matter which will be more fully examined later. But because of the theory and the concerns of the process, and because of the lesser ability of the accused in terms of the opportunities, capacities, and resources, including finances, to conduct investigations, the need for discovery to the accused is essential.

(*b*) *Guilty Pleas and Discovery*

34. Finally, what about guilty pleas and discovery? Earlier we observed that most criminal charges are disposed of by guilty pleas and that the guilty plea process will continue. But this assumption does not mean that the present guilty plea process in Canada is perfect and could not stand improvement. No doubt one should avoid generalizing about any aspect of the application of procedural law, since the practice in one part of the country may not be the same as the practice in another. But it can be

[4]Traynor, "Ground Lost and Found in Criminal Discovery" 39 N.Y.U.L. Rev. 228 (1964).

safely stated that to the degree that an accused does not receive reasonably full information about the nature of the charge and the evidence that can be called to prove it (what may be considered as reasonably full information will be examined later) and to the degree that our courts do not inquire into the circumstances in which a guilty plea is offered in order to determine if it is based upon an understanding by the accused of the factual and legal implications of the charge and the consequences of the entry of a guilty plea, there is substantial room for improvement. Since the primary aim of the criminal process in the context of bringing "alleged offender(s) to justice" is the determination of the guilt or innocence of the accused, that same aim is involved in the process that leads to a convinction upon a guilty plea as it is in the process leading to a conviction or an acquittal at trial. Thus, if in the trial version of the criminal process it is sound to provide discovery to an accused in order to more consistently realize the aim of the process, it is equally sound to provide discovery before an accused is even asked to enter a plea. It should be remembered that in pleading guilty an accused admits not just factual involvement in a criminal act, but legal involvement as well. This admission covers all elements involved in the charge and the absence of any defence. Admittedly, some accused in experiencing feelings of guilt and remorse will want to plead guilty without insisting on being shown the nature and extent of the prosecution case. But the existence of these feelings does not relieve the criminal process of the responsibility of ensuring that the application of the criminal sanction to an accused's conduct is justified.

35. Therefore, this being the real context of guilty pleas, the criminal process should not be entitled to require an accused to enter a plea until he is fully informed, not just as to the nature of the charge, which may result from receiving a copy of a criminal information, but also as to the material and information comprising the prosecution's case and the consequences of a guilty plea. This is the connection between the guilty plea process and discovery in criminal cases.

IV

The Extent of Present Discovery

36. But what is the problem? If, one might ask, discovery allows the purpose of the criminal process to be better realized in our adversary system, do we not have it, and if not then why not? Yet, while these questions may be simply put, not all of the answers are so clear and so simple.

(*a*) *In Law*

37. As a start it can be safely stated that in existing Canadian criminal law there is very little discovery provided to the accused as a matter of right. Moreover that which does exist came about for reasons not directly concerned with the establishment of a discovery system. For example, while in cases of treason the law requires the accused to be provided with lists of potential witnesses and jurors, the origin of this requirement is not rooted in a concern to provide certain basic discovery to all accused persons. This requirement stems from the concern of the members of the English Parliament, from which it was borrowed, that should there be some misunderstanding as to their political activities resulting in a treason charge, it would only be fair *for them* to receive this kind of information. As another example, while the preliminary inquiry may be seen by some as a procedure providing discovery as a matter of law, its original purpose was as a check on unjustified pre-trial detentions and on the bail system of English magistrates for cases pending trial in the higher courts. Shortly thereafter it came to serve the more general purpose of reviewing the evidence of a charge to determine whether it was sufficient to warrant the accused standing trial.

38. Now, while the preliminary inquiry is still said to serve this latter purpose, it is more commonly seen as a general discovery vehicle. But this function of the procedure flies in the face of the facts. In reality the preliminary inquiry is only available in a small minority of criminal cases. According to the 1969 information from Statistics Canada, only 5 per cent of all criminal cases were tried by either judge alone (other than a Magistrate or a Provincial Court Judge) or judge and jury—being those cases in which a preliminary inquiry is available.[5] As well, even for those cases in

[5] Referring to the report of the Dominion Bureau of Statistics, *Statistics of Criminal and Other Offences 1969* published in 1972 (excluding Alberta and Quebec) out of 43,082 indictable offences 39,492 were tried by a Magistrate or Provincial Court Judge—being 94 per cent of all indictable cases. If one were to add all summary conviction offences in the total of criminal cases tried in the lower courts where a preliminary inquiry is not available, the 95 percent used in the text of this paper would be a conservative figure.

which the preliminary inquiry is available, our courts have ruled that its purpose is strictly to determine whether or not an accused should stand trial; it is not, if not clearly stated then clearly implied, to provide discovery to the accused. Thus, if the prosecution should adduce sufficient evidence at the preliminary inquiry to justify the accused standing trial, the purpose of the preliminary will have been satisfied despite the fact that the prosecution may not have called all of its witnesses or presented all of its evidence.

39. While there are other provisions in our law which may be employed for the purpose of providing discovery to the accused, such as the right of the accused, in certain cases, to obtain the release of exhibits for testing and his right to inspect a copy of his own statement made at the preliminary inquiry, they are clearly limited. In short, Canadian criminal law provides very little discovery to the accused as of right.

40. But a review of only the legal rules on discovery does not take into account the theory of the role of the prosecution in the criminal process and the actual practice of prosecutors in providing discovery. And it is here, in the general theory of the role and function of the prosecution, that an answer may be found to the "why not" in our previous question, because in theory the role of the prosecutor is said to be much more than that of a partisan party to a contest. In the administration of criminal justice the prosecutor is said to be a "minister of justice" not representing any special interest but having the single goal of assisting the court in determining the truth. Thus, as Mr. Justice Rand stated in *Boucher v. The Queen* (1955) S.C.R. 16, at page 23:

> "The purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented . . . The role of the prosecution excludes any notion of winning or losing".

41. The placing of this onerous responsibility on the prosecution appears to have resulted in the courts refusing requests by the accused for discovery and hence refusing to articulate specific discovery rules. Rather, the reasoning seems to be that since the prosecutor is above all else a minister of justice he can be counted on in the proper exercise of his discretion to hold nothing back from the accused. More particularly, should the Crown not make any pre-trial discovery of evidence sought by the accused, the implication of this theory is that the accused will still not be prejudiced because all evidence which may be helpful to him will be adduced on his behalf at trial—by the Crown.

42. However, while accepting the value of imposing a moral imperative on the prosecution to prosecute fairly, is there not a limit to the ex-

pectation that the Crown will adduce pertinent evidence that is favourable to the accused? For example, while stating that the prosecution must call witnesses essential to the unfolding of the narrative on which the prosecution is based, the courts have acknowledged that the prosecution does not have to call witnesses who they believe are unreliable. But, is this not sensible? While the prosecution may be in error as to the reliability of a witness, yet, and here is the limit of the moral imperative, the prosecution cannot discharge the functions of both prosecution and defence. This problem is not limited to the situation of possible witnesses who might have evidence favourable to the defence but who the Crown may regard as unreliable. It applies to all evidence that might have a different value or importance when examined by the defence and which might be admissible at trial or lead to the finding of admissible evidence. The fallacy of allowing the moral imperative on the prosecution to substitute for the formulation of precise discovery rules is fully revealed when it is remembered that prosecutions are conducted in an adversary system where both sides are expected to advance their own case and to challenge their opponent's, from which the result emerges. In essence, to substitute the moral duty on the prosecution to call evidence that may be favourable to the defence in place of a system of discovery that would allow the defence to examine the information for itself and make up its own mind about its importance, is a denial of the very reasoning of the adversary system.

(*b*) *In Practice*

43. Apart from the conceptual error in allowing the moral role of the prosecution to substitute for positive rules of law, what is the actual practice of prosecutors in providing discovery to the accused? To what extent do prosecutors disclose information and material in the exercise of their discretion so that a system of discovery may exist despite the absence of formal rules?

44. In a survey conducted by research officers of this Commission, detailed questionnaires were mailed to prosecutors and defence counsel across Canada for the very purpose of determining the nature and extent of informal discovery practices. The questions sought to cover all information and material that might be disclosed in a criminal prosecution and all possible ways in which pre-trial disclosure might occur.

45. While a full analysis of this survey will be published at a later time, its major contribution is very clear: it is that the exercise of prosecutorial discretion cannot be counted on to provide a system of discovery. No doubt for many this result may hardly be surprising because prosecutors cannot be expected to ignore the adversary nature of their role in exercising their discretionary power as to whether or not to grant dis-

covery. But this conclusion is emphasized by the inconsistency of discovery practices for even the most basic of information, for example the names and addresses of witnesses.

46. Included in the survey were prosecutors from Montreal, Toronto and Vancouver. They were asked, as were all prosecutors, to indicate their usual practice in providing pre-trial disclosure to the defence of the names and addresses of civilians who they either intended or did not intend to call as witnesses at trial. These questions were asked as part of the inquiry into practices in disclosure of specific information, and in answering the prosecutors were asked to assume that the information existed, that they had access to it, that it had been requested by the defence, and, in order to fix the context of the disclosure practice, that the cases were those in which a preliminary inquiry was unavailable. Lastly the prosecutors were asked to identify their usual practice in terms of: disclose, do not disclose, or no fixed practice—meaning, in the last instance, that the answer depends so much on any number of variables ranging from a concern that a witness will be intimidated to a personal dislike for a particular defence counsel that the prosecutor has never developed a general practice in favour or against disclosure of the specific matter. Answering these questions were 16 prosecutors in Vancouver, 21 prosecutors in Toronto and 9 prosecutors in Montreal. The specific discovery items and their usual practices are reproduced below.

		Disclose	*Do Not Disclose*	*No Fixed Practice*
Names of civilian witnesses you intend to call at trial	(Vancouver)	11	2	3
	(Toronto)	11	3	7
	(Montreal)	3	4	2
Addresses of civilian witnesses you intend to call at trial	(Vancouver)	7	3	6
	(Toronto)	6	8	7
	(Montreal)	0	6	3
Names of civilian witnesses you do not intend to call at trial	(Vancouver)	7	1	8
	(Toronto)	8	3	10
	(Montreal)	1	4	4
Addresses of civilian witnesses you do not intend to call at trial	(Vancouver)	6	1	9
	(Toronto)	7	5	8
	(Montreal)	1	4	4

47. The most obvious feature of these results is that there is a wide variation in usual discovery practices from Vancouver to Montreal. In Vancouver and Toronto most prosecutors disclose witness names while in Montreal most prosecutors do not. But even in Vancouver, and more so

in Toronto, a significant number of prosecutors either make a practice of not disclosing witness names or they do not have any fixed practice. Then turning to the addresses of witnesses, the practice of the 3 prosecutors in Montreal, 5 in Toronto, and 4 in Vancouver, who disclose witness names, changes. In all three cities the majority practice is a combination of not disclosing witness addresses and not having any fixed practice. But how effective is it to disclose the names of witnesses and not their addresses in cities the size of Montreal, Toronto, and Vancouver? Moving to witnesses the Crown does not intend to call at trial, the answers remain, in general, on the side of non-disclosure or not having any fixed practice, which for many accused will amount to the same thing. To be fair however, here as with all of the discovery questions, more prosecutors in Vancouver and Toronto indicated a usual practice of disclosure than was the case with prosecutors in Montreal.

48. Why is it that so many prosecutors make a practice of not disclosing such basic information as witness names and addresses? There is no property in a witness, and a citizen who gives information to the police which may lead to a criminal prosecution should, under normal circumstances, expect that his name and address and his information will be disclosed to the defence. Is it because of a concern that as a result of disclosure there will be more witness intimidation? No doubt some prosecutors fear that more intimidation will result, but studies eleswhere have confirmed that this is a concern confined to a minority of cases.

49. Similarly, it is unlikely that the general failure of prosecutors to disciose such basic information results from a concern that disclosure will facilitate perjury. In fact, the majority of prosecutors who answered the questionnaire rejected this concern. But even if, in some cases, discovery to the accused might lead to the fabrication of evidence, like witness intimidation it is only a real concern in a small minority of cases. Thus for both of these problems the prosecutors answering the questionnaire could have had a usual practice of providing discovery of witness names and addresses which would not have compromised their position that in some cases discovery should be restricted because of the concerns of witness intimidation and evidence fabrication.

50. Could it have been that those prosecutors in Montreal, Toronto, and Vancouver who did not have a usual practice of disclosing witness names and addresses felt that such disclosure was unnecessary because they supplied the defence with the full information received from these witnesses? In other words, did disclosure of witness statements take the place of disclosure of witness names and addresses? Well, disregarding the fact that a witness statement may be incomplete or may suggest other matters that could be explored with the witness before trial, the results

from the questionnaire do not support even this alternative discovery practice. The same prosecutors, in answering questions as to disclosure of witness statements or the anticipated testimony of witnesses, reported these usual practices:

		Disclose	*Do Not Disclose*	*No Fixed Practice*
Signed statements of witnesses you intend to call at trial	(Vancouver)	7	5	4
	(Toronto)	6	7	8
	(Montreal)	1	7	1
Signed statements of witnesses you do not intend to call at trial	(Vancouver)	3	7	6
	(Toronto)	5	6	10
	(Montreal)	0	8	1
Substance or summary of testimony expected to be given by witnesses you intend to call at trial	(Vancouver)	6	0	0
	(Toronto)	17	1	3
	(Montreal)	2	4	3
Substance or summary of statements made by witnesses you do not intend to call at trial	(Vancouver)	5	3	8
	(Toronto)	7	3	11
	(Montreal)	1	5	3

51. These tables make it clear that fewer prosecutors make a usual practice of disclosing witness statements than witness names, although when compared with disclosure of witness addresses the practices are about the same. The point is that since there is no pervasive practice of disclosure of witness statements it cannot be regarded as any substitute for failing to disclose witness names and addresses—if indeed it could ever be a substitute.

52. One other question that was asked of prosecutors in the questionnaire-survey again underscores the conclusion that a discovery system cannot be founded on the exercise of prosecutorial discretion. This question provides concrete evidence of the gap between the myth and the reality as to the expectation that moral dictates can take the place of positive rules of law. The prosecutors were asked to respond to this question: "do you disclose to the defence information of any sort that does not assist the prosecution but which may be helpful to the defence?" Their answers were:

	Disclose	*Do Not Disclose*	*No Fixed Practice*
Vancouver	7	2	7
Toronto	11	3	6
Montreal	1	4	4

53. To be fair, the majority of prosecutors in Toronto had as a usual practice the disclosure of evidence that may be helpful to the defence. But the majority in Montreal and Vancouver did not: they either did not disclose this information as a usual practice or they had no fixed practice as to its disclosure. But what valid reason can a prosecutor have for not disclosing information that might assist the defence? Is not the prosecutor a "minister of justice" obliged to disclose all evidence whether for or against the accused? Is it that the prosecutor distrusts the information as being unreliable or believes that it will be inadmissible? But why not let the defence and ultimately the court, should the defence offer this information into evidence, determine these questions?

54. In conclusion, while the value of discovery in our criminal process is clear, the problem remains that an orderly system of discovery has not been established; it does not exist either in formal rules or in the exercise of prosecutorial discretion. Moreover, as this brief discussion has revealed, the solution to the problem lies in recognizing that the moral duty on prosecutors to conduct prosecutions in a fair and honourable fashion, as valuable as it is, is not an adequate substitute for positive legal rules.

V

General Principles Guiding The Establishment of a Discovery System

55. Having fixed the importance of discovery in the criminal process and having determined that, in the main, it does not exist, the point has been reached at which something precise can be said about the kind of discovery procedure that our criminal law system ought to have. The emphasis here is on articulating principles of general application and on drawing the general contours of a discovery system. The exact details of a model that will faithfully achieve these principles and locate the boundaries of the system can be left until later.

(*a*) *A Formal System*

56. To begin, in our opinion it is clear that Canadian criminal procedure requires formal rules and some changes to its legal machinery to provide discovery to accused persons both before plea and, in the case of not guilty pleas, before trial. Not only should the rules give formal recognition to the general right of the defence to obtain discovery in criminal cases, but in order to make the exercise of that right effective the rules should specify all of the information that is to be disclosed, the form of the disclosure, and, as in civil practice, the role and authority of the courts in enforcing the discovery rules. In this way a system will be achieved which will provide for a uniform discovery practice in all criminal cases.

57. The idea of moving to a system where discovery is provided by formal rules is not new. In recent years a number of studies in the United States have recommended the institution of formal discovery procedures, and formal systems have been proposed or adopted in a number of States and in federal criminal practice. While there are differences in the details of the various proposals and systems—these differences and the systems themselves are fully examined in the Commission Study Paper on Discovery in Criminal Cases—they all demonstrate that discovery in criminal cases does not have to be left to the exercise of prosecutorial discretion. They show that clear and simple rules and procedures can be formulated providing for discovery in all cases while, at the same time, the concerns as to possible witness intimidation and evidence fabrication can be accommodated. Moreover, they show that a change to a formal discovery system

can be achieved without adding significantly to the burden of prosecutors and the courts in the pre-trial process, while actually tending to lessen their burden in the trial process as a result of the effect of discovery in encouraging the entry of guilty pleas and in reducing and sharpening the issues in dispute for contested cases.

(*b*) *The Information and Material to be Disclosed*

58. Before plea the formal rules should require discovery to be made to the accused sufficient to allow him to make an assessment of the nature and strength of the prosecution case and to understand the consequences of the pleas of guilty and not guilty. Again, this requirement does not mean that the prosecution role in preparing cases for court need be more burdensome than it is at present. All of the information that will satisfy this requirement exists, or should exist, in every prosecution; in fact in practice it is now customarily revealed to the court after the entry of a guilty plea. This includes the charge against the accused, a narrative of the facts supporting the charge, and the election by the prosecution to proceed summarily or by indictment. To this information should be added the right of the accused to plead not guilty, to consult with counsel, the maximum and minimum penalties, and the procedures to be followed upon the entry of guilty and not guilty pleas. The only real change in procedure resulting from this requirement would be the disclosure of this information before plea. As to the actual mechanism for achieving such discovery it should not be too difficult to draft a standard form that could be completed as a matter of routine in every criminal case.

59. The system of discovery before plea, as described above, would also apply to cases that would be diverted out of the criminal process. Earlier we noted the development of alternatives to the traditional criminal law process for the resolution of criminal charges. But all diversion programs require the voluntary participation of the accused, following upon which the criminal charge is abandoned. And so, just as pre-plea discovery should be provided to all accused before being asked to plead in the traditional process, it should also be provided to all accused for whom a diversion alternative may be contemplated. In effect the same basic discovery should be provided in all criminal cases after which the system would then be entitled to ask accused persons to either enter a plea or to acknowledge or deny responsibility as a condition precedent to participation in a diversion program.

60. The discovery to be provided before the operation of the plea process should then be amplified for all criminal cases in which pleas of not guilty are entered. Of course an accused should be entitled to enter a plea of guilty at any time or to change a plea from not guilty to guilty.

But in keeping with the goal of achieving the aim of the criminal process, the entry of a not guilty plea should be followed by full disclosure enabling the defence to directly or indirectly advance its own case, or to test the case for the prosecution, or to pursue a chain of inquiry that will have either of these two consequences. Thus while a narrative of the information in possession of the prosecution would suffice for pre-plea discovery, it is not sufficient for pre-trial discovery where the emphasis is on preparation for trial. Here the formal rules of procedure should require disclosure of witness names, addresses, and copies of witness statements. They should require disclosure of copies of all statements made by the accused whether oral or written and the circumstances in which they were made. They should require disclosure of all persons who have given information to the police but whom the prosecution does not intend to call as witnesses at trial. In fact, the rules should require disclosure of information and material of every kind with the only restrictions being for evidence that is privileged and for those instances in which a real danger exists that disclosure will lead to witness intimidation. But even for the latter, it is possible to provide a controlled form of discovery, such as requiring the interview of a witness to be in the presence of a prosecutor or by having the evidence of a witness officially recorded before trial.

(*c*) *The Procedures for Effecting Discovery*

61. In addition to prescribing the nature and extent of both pre-plea and pre-trial discovery, it would be necessary for the formal discovery system to establish the procedures by which the disclosure rules may be satisfied. In the case of pre-plea discovery, it would simply be a matter of providing that a plea, or an invitation to an accused to participate in a diversion program, could not be received until a pre-plea discovery statement containing the discovery as prescribed had been delivered to the accused. In the case of pre-trial discovery, new procedures would be required to provide for a time and place for the discovery to be accomplished, for its accomplishment to be reviewed, and for any matter in dispute to be resolved. The former could be met by a meeting of the defence and the prosecution, perhaps according to a date fixed by the court, at which time all pre-trial discovery would be completed. The latter, a review of the completion of pre-trial discovery and a resolution of issues in dispute, could be achieved by involving the court in a pre-trial hearing. The court could be provided with a check list acknowledging the matters disclosed according to the discovery rules and pointing to those matters, if any, that are in dispute such as a request for disclosure of certain information for which the prosecution claims a privilege or contends on some other ground that it should not be disclosed. While there may be still other procedures that are needed, such as a power in the judge at the

pre-trial hearing to actually hear a witness that the prosecution is justified in not disclosing, a power in the judge to order a witness, in a proper case, to submit to an oral examination by the defence before a court reporter, and a procedure for the review of some of the decisions made at the pre-trial hearing, they would be ancillary to these two main pre-trial procedures, being the meeting between the prosecution and the defence and the pre-trial hearing.

(*d*) *Abolition of the Preliminary Inquiry*

62. However, changes to the machinery of the pre-trial process would not stop with the addition of these few discovery procedures. With the establishment of procedures providing for uniform discovery to the defence in all criminal cases there is no substantial reason to continue the system of the preliminary inquiry and it should be abolished. Indeed even before the establishment of a discovery system one can challenge the utility of this procedure. Its chief purpose is to provide a preliminary review of the adequacy of allegations of crime and yet it is available in only about five per cent of all criminal cases—and even for these cases it can be avoided by the procedure of a preferred indictment taking a case directly to trial. For all other cases the adequacy of charges of crime are left for determination at trial. But since in more recent times the preliminary inquiry has come to serve a distinct discovery purpose, even though it is a somewhat cumbersome and expensive vehicle for achieving this purpose, its abolition without the provision of an alternative discovery procedure would be too harsh a change. However, with the establishment of procedures specifically designed to provide a discovery system for all criminal cases, as outlined in this working paper, this change can be made—indeed it must be made to avoid a duplication of pre-trial functions.

63. This justification for abolishing the preliminary inquiry does not mean that we should ignore the question of whether it is reasonable to have some pre-trial procedure whereby the adequacy of the prosecution's case causing the accused to stand trial can be reviewed. Granted this original purpose of the preliminary inquiry, which was instituted in England in response to a general distrust of the quality of justice in the bail system of lay magistrates, has been largely forgotten. With the development of modern police forces and professional crown prosecutors, and with the latter's acceptance of the role of reviewing charges laid by the police, very few cases lack sufficient evidence so as to justify a dismissal at the preliminary inquiry. But for those few cases that do warrant dismissal, is it not reasonable to have a procedure whereby they can be dismissed before the full trial process is engaged? Moreover, would it not be sensible to have this preliminary review procedure available for all cases and not, as with the present preliminary inquiry, for only those few cases that

are tried in the higher courts? The procedure ought not to be mandatory, nor even should it apply unless waived by the accused. But rather, a simple motion procedure could be available to be invoked by the defence where it is believed that, on the face of the documentary and other material, *prima facie* guilt cannot be shown. The motion could be in writing specifying the precise ground on which it is based and supported by the relevant information and material received on discovery. This procedure would be analogous to that available in civil practice where a pre-trial application can be brought to strike out a claim that is frivolous or vexatious. Similar to the practice in civil cases, since the majority of prosecutions are soundly based, it would be rare for an application to succeed and therefore applications would be the exception rather than the rule. But this is not a valid reason for failing to provide a procedure that will allow for a pre-trial determination of the exceptional case, especially where a simple and expeditious procedure, such as a motion to the court at the end of the pre-trial hearing, would suffice.

(*e*) *The Question of Discovery of the Accused*

64. So far, we have described the general outline of a discovery system that would provide discovery to the accused. But what about discovery of the accused in favour of the prosecution? Is there not an equal need to provide discovery to the prosecution in order to fully achieve the reasoning of the adversary system, that "with each side on its mettle to present its own case and to challenge its opponents, the relevant unprivileged evidence in the main emerges in the ensuing clash"?[6] In other words should not discovery in criminal cases be a "two-way street"?

65. However, while in an ideal system discovery rules would be reciprocal, as in civil cases, nevertheless because of the principles we have outlined, discovery in criminal cases ought not to be a compulsory "two-way street". We of course expect that in an open system of criminal procedure where discovery of the prosecution case is more widely provided, the defence will voluntarily respond and admit matters that are not in issue or volunteer discovery information to the prosecution. But it is inconsistent with the principles of the process to compel the defence to do so.

66. This position on the issue of discovery of the accused does not mean that accused persons will have a licence to call surprise evidence and thereby frustrate achieving the purpose of the criminal process. First, in terms of the ability to investigate and prepare for trial prosecutors are seldom disadvantaged by the lack of discovery of the accused, nor should they be. The human and physical resources of police investigation, the

---

[6] See *Supra* footnote 4.

power to search and to seize, to question, and access to scientific laboratories, far outmatch the resources available to the defence. But this should not be surprising for ours is a system in which the burden of proof is on the prosecution, not on the defence, and in order to discharge this burden the prosecution must conduct thorough investigations and fully prepare cases for trial. Moreover, in the very process of investigation and preparation, the prosecution will also become aware of possible defences and defence evidence. This is not just a theoretical response; it is borne out in present practice. In our survey of the profession the great majority of prosecutors acknowledged that they are generally able to prepare to meet the case for the defence by the material contained in the prosecution file.

67. Second, for those cases where the prosecution would benefit from defence discovery, there are a number of incentives, some already in existence and some which would flow from the institution of discovery procedures in favour of the accused, which would encourage the defence to make pre-trial disclosures to the prosecution. In a number of cases an adjournment would allow the prosecution to investigate and rebut surprise evidence. But even more important, a policy of granting adjournments to allow the prosecution to counter surprise evidence would encourage defence discovery to the prosecution. As well, the very fact that evidence is disclosed late in the process will, in many instances, operate to diminish the weight to be attached to it and thereby encourage defence discovery. This is true of evidence of alibi, of evidence explaining possession of stolen goods, and of the evidence of a witness generally where it would have been reasonable to have disclosed it earlier. Here one should distinguish between special rules which have developed for evidence of alibi and possession of stolen goods, and the rules of evidence generally which allow for the credibility of a witness, including the accused should he take the witness stand, to be tested.

68. In addition to these existing incentives, the establishment of a formal system providing discovery to the accused would create new incentives for the defence to make discovery to the prosecution. The pre-trial hearing which we suggest should be established to review the completion of discovery from the prosecution to the defence, would serve as an opportunity for the defence to make disclosures and admissions. The judge could inquire of defence counsel if there were any disclosures to be made or issues which could be resolved by admissions of fact to avoid unnecessary witness attendances at trial. While there would be no compulsion in this inquiry and while in the existing law the prosecution is free to ignore defence admissions of fact and to tender proof at trial anyway, admissions of facts and disclosures of defences would be made. Having received discovery from the prosecution, many defence counsel would be just as interested as the prosecution in saving time and expense and getting

down to the matters that are really in dispute. Moreover, as another incentive, trial judges and juries would soon be aware of the rules and procedures that provide the defence with full discovery of the prosecution and with an opportunity at the pre-trial hearing to make admissions and disclosures. It is likely that this awareness will further diminish the weight to be given to evidence or a defence that is not disclosed until trial. Finally, the establishment of a formal discovery system providing uniform discovery to the accused in all criminal cases will of itself encourage the defence to make discovery. An approach of openness by the prosecution will foster more openness by the defence just as a restrictive approach, which now characterizes discovery by prosecutors in many parts of Canada, tends to encourage defence counsel to play their cards close to their vests.

69. In conclusion, through the incentives described, the Commission is in favour of encouraging the defence to voluntarily admit facts that are not in dispute and to pursue a policy of voluntary discovery to the prosecution. But we are opposed to formal measures or rules which would require such discovery to be made. It is our view that a system of compulsory discovery of the accused will erode the principles of our criminal process.

(f) The Scope of the Discovery System

70. The last issue to be examined concerns the scope of a formal discovery system. We have articulated the principles on which a discovery system should be grounded, and we have examined the general rules and procedures by which a formal system should be established in Canada. And throughout this discussion our focus has been on the need for discovery in all criminal cases. But what is meant by all criminal cases? Could the discovery system be waived? And, apart from waiver, should the discovery system apply to minor as well as serious crimes? Finally, what about regulatory offences, both provincial and federal? Are they included in the term "all criminal cases"?

71. The possible waiver of discovery procedures may be considered first. Since our system permits an accused to plead guilty and thereby waive the whole fact-finding process of a trial, it would not seem inconsistent to allow an accused to waive only part of that process such as one or more of the discovery procedures. Moreover, it would be going too far to compel a defence counsel to attend a discovery meeting or a court hearing to review the completion of discovery. Thus, of course the discovery procedures can be waived—particularly the discovery meeting with the prosecutor and the pre-trial hearing. However, the system itself should not set up procedures for the court to inquire into whether or not

an accused would be agreeable to waive discovery. Such an approach would suggest that the value of discovery extends only to the accused whereas the whole thrust of our discussion has been that the value of discovery extends to the validity of the criminal process itself in justifying the reception of guilty pleas and in allowing the reasoning of the adversary system to be realized. Moreover, from an administrative perspective it would be far more efficient to simply provide discovery in all criminal cases, or at least to make it available, than for the system to engage in an examination of the possibility of its waiver. This is particularly true of pre-plea discovery where all that would be required is the delivery to the accused of a discovery statement at an early point after the commencement of criminal proceedings. Therefore it is our view that while an accused may decline to avail himself of a pre-plea discovery statement, its preparation and delivery to the accused should not be capable of being waived. And while the procedures for pre-trial discovery could be waived, the court should not make inquiries as to whether they would be waived. This would be analogous to the present practice in regard to waiver of the preliminary inquiry.

72. Turning to the meaning of "all criminal cases", while all cases arising from offences contained in the *Criminal Code*, the *Narcotic Control Act*, and offences in relation to controlled and restricted drugs in parts III and IV of the *Food and Drug Act* should be included, it is not at all intended that the discovery procedures should apply to provincial offences nor even to the wide range of regulatory offences found in the general body of federal statutes. While it might later prove sound to extend the advantages of discovery to them, at present our concern in this working paper is to provide a better system of justice for those cases that are generally regarded as part of the traditional criminal law. The objection may be raised that such discovery would be too cumbersome in minor criminal cases. Our answer, at present, is that because of the stigmatization that attaches to a conviction for any criminal offence, a clear distinction between major and minor, being one of classification in law, cannot now be drawn. Thus, the Commission could not find a rationale for limiting discovery to certain offences and came to the conclusion that discovery rules and procedures should apply in all criminal cases. We have to rely for the time being on the reasonable assumption that in cases which are not complicated, discovery will be straight-forward, and in most of these cases pre-plea discovery would suffice.

VI

A Proposal for Reform

73. In conclusion, that which remains to be done to complete this working paper is the task of detailing specific provisions for a formal discovery system. Parts I, II, and III of this paper give the context for a discussion of criminal procedure by defining the purpose of the criminal process and relating that purpose to discovery. Part IV identifies the problem, being the lack of a uniform discovery system, and Part V examines some of the basic principles on which a discovery system should be grounded and suggests the general form that it ought to take. Therefore the point has now been reached at which the features of a proposal should be set out, not as draft legislation, but as basic standards which could be incorporated in future legislation.

(a) General Description

74. A proposal has been drawn that is faithful to all of the principles laid down in this paper and which accords with the guidelines suggested for a formal discovery system. The specific provisions of the proposal cover the information and material to be disclosed by the prosecution at the pre-plea and pre-trial stages, and the procedures by which the disclosure, at these two stages, is to be effected. For pre-plea discovery, the proposal requires the delivery to the accused of a written statement containing all of the information that a prosecutor would relate to the court in the event of a guilty plea. Thus the statement would include the charge itself, the circumstances of the commission of the offence, the penalties provided by law, and the names and evidence of any witnesses that the prosecution intends to call should the accused plead guilty. At present most of this information is contained in what is sometimes called a "dope sheet" and it would simply be a matter of modifying this document to meet the requirements of the pre-plea discovery statement.

75. In the event of a plea of not guilty or where the accused is to be tried in a higher court, unless waived the rules and procedures for pre-trial discovery would apply. Basically, there are two main procedures: a meeting between the prosecutor and the defence and a pre-trial court hearing. The meeting would be agreed to by the parties while before the court and thereupon the court would remand the case to a future date for the pre-trial hearing. At the meeting the prosecution would make discovery to

the defence in accordance with the rules. In between the meeting and the pre-trial hearing the defence would have the opportunity to conduct further investigations. Then at the pre-trial hearing the court would review the accomplishment of discovery at the meeting, settle any discovery issues that may be in dispute, and determine if any admissions might be made to expedite proceedings at trial. Finally the court would set the case for trial.

76. Other provisions in the proposal would vest the judge at the pre-trial hearing with authority to preside over the taking of testimony of witnesses the prosecution is justified in not disclosing at the discovery meeting, with discretion to order witnesses whose names and addresses have been disclosed and who unreasonably refuse to be interviewed by the defence to attend at an appointed place to submit to an interview, and to discharge an accused if, based upon the information and material disclosed, there is no evidence against the accused on any essential ingredient of the charge. But these powers of the judge at the discovery hearing are ancillary to the main purposes of reviewing the completion of discovery at the meeting between the prosecution and the defence and settling any issues that may be in dispute.

77. These brief remarks serve to introduce the discovery proposal itself which is divided into two parts. Part 1 sets out the procedures for effecting discovery both at the pre-plea and pre-trial stages and the sanctions for the enforcement of these procedures. Part 2 sets out the material and information to be disclosed according to these pre-plea and pre-trial procedures. As stated earlier, the provisions in this proposal should not be regarded as draft legislation, but as a way of achieving those basic standards which should be incorporated by legislative changes in Canadian criminal procedure. We realize that many questions will be raised about both the overall form of the proposal and some of its individual provisions, but we welcome that discussion. This is a working paper intended in part to stimulate discussion on this important subject so as to assist us in drawing our report for Parliament. It is also intended to record the present state of our research. The actual implementation of a discovery scheme has to be tested and further refined in practice by such means as pilot projects. While discovery is now provided by some Canadian prosecutors, in various degrees, what is needed is the development of a uniform discovery system for all criminal cases which would allow the aim of the criminal process to be more consistently and effectively achieved.

(*b*) *Discovery Proposal*

Part I—Discovery Procedure

1. A uniform formal discovery procedure should apply in all criminal cases. **Application of discovery**

2. The prosecution should supply the accused on or before his first court appearance with a standard form discovery statement. The statement should, in essence, contain the facts, information and material that will be presented to the court if the accused pleads guilty. **Pre-plea discovery**
(For details of the disclosure required in pre-plea discovery see Part 2)

3. The law should enable a plea of guilty to be struck out at the request of the accused if, the accused pleads guilty without receiving the discovery statement, or if the accused pleads guilty after receiving the discovery statement but the information actually presented to the court deviates from that contained in the discovery statement to the prejudice of the accused, or if the information set out in the discovery statement is inaccurate or misleading and the incorrect information has caused the accused to plead guilty without appreciating the nature or consequences of his plea. **Questioning validity of plea**

4. The prosecution should not be bound by the discovery statement if the accused pleads not guilty. The accused should not be entitled to use or refer to the discovery statement itself in a subsequent trial. **Use of pre-plea discovery statement**

5. If the accused pleads not guilty the court should require the representatives of the prosecution and defence before the court to agree upon a date, time, and place for a discovery meeting. At this meeting the disclosures required by law would take place. (For details of the disclosures required at the discovery meeting, see Part 2) **Procedure if plea of not guilty entered**

6. Upon being informed of the agreed date for the discovery meeting the court should schedule a discovery hearing to take place 3 weeks from the agreed date of the discovery meeting. The three week period would normally apply but could be shortened or extended depending upon the con- **Scheduling discovery meeting and discovery hearing**

venience of the parties and the court, the circumstances of the case, or the anticipated time required to complete discovery and other trial preparation.

Discovery meeting summary memorandum

7. At the conclusion of the discovery meeting, the prosecution representative would prepare a summary memorandum indicating disclosures made or refused and any other matters determined at the discovery meeting. The memorandum would be signed by the defence representative attending the meeting and filed with the court at the beginning of the discovery hearing.

Period between discovery meeting and discovery hearing

8. When the discovery meeting is concluded both parties would keep in mind that a discovery hearing is scheduled in 3 weeks. The defence, during this 3 week period, would have an opportunity to conduct further investigation, if necessary, of material or information disclosed at the discovery meeting, or to conduct informal interviews of disclosed witnesses, and would also be expected to continue its own overall general trial preparation.

Discovery Hearing

9. The discovery hearing would be presided over by a judge, whose functions at the discovery hearing would include:

Functions of judge at discovery hearing

(a) Verification that discovery required by law has been completed to the satisfaction of the parties.

(b) Consideration of and ruling upon disputes as to whether legal discovery requirements have been, or ought to be, carried out, and making appropriate orders, where necessary, to ensure that they are carried out.

(c) Consideration of requests for the release of disclosed material or potential evidence for examination or testing.

(d) Hearing and determining arguments that may be raised as to the form of the charge, the question of joinder or severance of counts or accused, or the need for further and better particulars of the charge.

(e) Upon completion of discovery, an exploration of the willingness of the parties to make admissions of fact or other disclosures that may avoid the necessity of presentation of formal proof or of witnesses at trial or that may expedite the trial, and consideration of argument, if raised by the defence, as to the sufficiency of the evidence to warrant placing the accused on trial.

(f) Recording any re-election of the accused as to mode and court of trial, and setting a date for trial.

Additional powers or functions of judge at discovery hearing

10. In some cases the judge at the discovery hearing may preside over the taking of testimony under oath of certain witnesses, or order the attendance, before a qualified person, of certain witnesses for pre-trial questioning under oath.

[For details of the circumstances under which these functions of the discovery hearing judge may be called into play, see 11 and 12]

Procedure upon non-disclosure by the prosecution of identity of potential witnesses

11. The law should allow the prosecution to refuse to disclose the identity of potential witnesses where it is likely that disclosure will result in intimidation, physical harm, threats of harm, bribery, or economic reprisal directed against the potential witness or other persons. In such cases the prosecution should inform the defence at the discovery meeting that disclosure of the identity of a witness is being withheld and should indicate the number of witnesses involved. At the discovery hearing the prosecutor would present these witnesses and have their evidence recorded under oath. The defence would then be given a reasonable time to prepare cross-examination. After the completion of questioning the witness would be formally ordered by the discovery hearing judge to appear at trial.

If, through no fault of the police or prosecution, the witness should fail to appear at trial, the admissible portions of the transcript of the testimony of the witness taken at the discovery hearing would be admissible at trial. If the witness does appear at trial but changes his testimony from that given at the discovery hearing, the transcript of his testimony given at the discovery hearing could be used by either party to contradict the witness.

Procedure upon defence request for attendance of disclosed witnesses for pre-trial questioning under oath

12. At the discovery hearing the defence should be entitled to apply to the presiding judge to exercise his discretion to order that potential witnesses, whose identities have been disclosed by the prosecution at the discovery meeting, attend before a person qualified to preside over the taking of the testimony of witnesses under oath.

On an application under this provision, the judge should ordinarily grant an order authorizing an examination, in the interests of proper pre-trial preparation, where:

(a) it would be reasonable to provide for an examination under oath of an essential prosecution witness, such as,

without restricting this category, an identification witness in a charge of murder where identification is in issue.

(b) it would be inadvisable for the defence to interview a witness, for example the complainant in a prosecution for a sexual offence, except in an examination in which all parties would be protected.

(c) a witness has unreasonably refused to submit to an informal interview or to answer proper questions during an interview. What would be reasonable or unreasonable in a refusal would be dependent upon the time, place, and circumstances surrounding both the request for the interview and the interview itself.

In exercising his discretion the judge at the discovery hearing should be entitled to examine any previous statements of such potential witnesses already supplied to the defence, and to consider any information supplied in argument by either party as to the conduct of the defence in relevant informal interviews.

Since the purpose of the pre-trial questioning would be discovery, the defence in these proceedings should be entitled to put leading questions to the witnesses. However, as opposed to the case of witnesses who testify at the discovery hearing after non-disclosure by the prosecution, the record of the testimony in these proceedings would be inadmissible at trial except insofar as it may be admissible under section 643 of the *Criminal Code* or may be used for purposes of cross-examination at trial.

Questioning committal for trial

13. Implementation of this proposal would involve the abolition of the present form of the preliminary inquiry. Subject to the qualification set out below, committal for trial would be automatic after completion of the discovery hearing.

At the discovery hearing the defence should be entitled, at the completion of the hearing, to present a motion that there is no evidence to warrant placing the accused on trial. The motion should be precise and should specify the exact area and nature of the lack of evidence that is alleged.

In considering the motion, the presiding judge should examine all relevant available material, hear argument, and if there is clearly a complete lack of evidence on any essential element of the offence, discharge the accused, or commit the

accused for trial on any appropriate lesser or included offence disclosed by the material.

In any other case the presiding judge should commit the accused for trial, although in doubtful cases a preferred, early trial date could be set.

The court should not be entitled to commit for trial on any charges other than those set out in the information, or lesser and included offences.

Sanctions

14. The law should require the trial court to exclude any evidence or witness testimony not previously disclosed or, where appropriate, presented for inspection or copying as required by law, unless good cause is shown by the prosecution for failure to comply with these discovery requirements. If good cause for such failure is shown, the defence should be entitled to an adjournment to enable it to inspect copy or otherwise obtain the discovery to which it is legally entitled, or if it chooses, the defence should be entitled to defer cross-examination with respect to the previously undisclosed evidence.

If at any time prior to or during the trial it is brought to the attention of a court that the prosecution has wilfully or negligently failed to comply with an applicable discovery rule or order, the court should require the prosecution to permit the discovery of material and information not previously disclosed, grant an adjournment, and make such other order as it deems just under the circumstances.

Moreover, the court should have a discretionary power to dismiss the charge against the accused if the prosecution wilfully or negligently destroys or otherwise makes unavailable to the defence material subject to legal discovery requirements.

Continuing duty to disclose

15. If subsequent to compliance with these discovery provisions, the prosecution should find other material or information which would otherwise be subject to disclosure, it should be required to promptly notify the other party or his counsel of the existence of such additional material or information, and if the additional material or information is discovered during trial the prosecution should also be required to notify the court and the court should issue appropriate orders to ensure that the defence obtains the full discovery that would otherwise be available.

Part 2—Material and Information Subject to Discovery

Duty of prosecution to inform itself and obtain relevant material

1. The prosecutor should ensure that a flow of information is maintained between the various investigative personnel and his office sufficient to place within his possession or control all material and information relevant to the accused and the offence charged, or which is required by law to be disclosed to the defence.

Information and material to be disclosed in pre-plea discovery

2. The pre-plea discovery statement should contain the following information and material:

(a) The charges against the accused, as set out in the information;

(b) The narrative of facts with respect to each charge that the prosecutor intends to read or otherwise present to the court upon a plea of guilty;

(c) The identity of witnesses, if any, the prosecution intends to call to establish the narrative of facts upon a plea of guilty;

(d) In cases where the prosecution is entitled by law to elect to proceed by way of summary conviction or indictment, the election that will be made;

(e) The maximum penalty that may be imposed on each charge upon conviction;

(f) The minimum penalty, if any, that must be imposed on each charge upon conviction;

(g) A statement of the right of the accused to consult with counsel before deciding on the plea to be entered;

(h) A statement of the right of the accused to plead not guilty;

(i) A statement of the procedure to be followed, if the accused should decide to plead guilty, to the effect that: the narrative of facts will be read or presented to the court, the accused will be asked if such facts are substantially correct, the accused may bring to the attention of the court any facts or information presented that he disputes and may cross-examine any witness presented by the prosecution, the accused may make

submissions as to sentence personally or by counsel if convicted, and the accused may call witnesses, if he chooses, to speak to sentence;

(j) There should be attached to the discovery statement: copies of all written material, including the accused's criminal record, and written statements, confessions or admissions of the accused or any other person, to which the prosecutor intends to refer in the event of a plea of guilty, either with respect to the question of guilt, or with respect to the question of sentence and a brief description of the physical evidence that the prosecutor intends to produce to the court upon a plea of guilty.

Material and information to be disclosed upon plea of not guilty or where the accused is to be tried in a higher court

3. At the discovery meeting the prosecution should be required to supply to the defence, or allow the defence to inspect or copy whichever is more reasonably appropriate, if not already supplied in pre-plea discovery (subject to legislation setting out the material or information not subject to disclosure [see # 5 below]):

(a) The name, address and occupation of each witness the prosecution intends to call at trial, and all written, oral, or recorded statements of such witnesses made to investigation or prosecution authorities or their representatives;

(b) The name, address and occupation of all other persons who have provided information to investigation or prosecution authorities or their representatives in connection with any one of the charges against the accused, whether or not the information so provided is considered to be relevant or admissible at the trial;

Where the statements referred to in (a) and (b) do not exist, the defence should be supplied with a summary of the expected testimony of the witnesses intended to be called at trial and a summary of the information provided by those persons not intended to be called at trial, along with a statement of the manner in which the information in each summary has been obtained and prepared;

(c) The record of prior criminal convictions, if any, of persons whose names are supplied to the defence pursuant to (a) and (b), and of the accused;

(d) All written, recorded or oral statements made by the accused or co-accused, whether or not the prosecution

intends to use or adduce the statements at trial, along with an accurate description of the circumstances surrounding the making, taking, or recording of each statement, the identification of persons involved in the taking or recording of each statement, and the identification of those statements the prosecution does intend to adduce at trial;

"Statement" should include the failure to make a statement where such failure will be used to in any way advance the prosecution case in chief;

(e) Subject to legislation setting out the material not subject to disclosure (see No. 5 below), all books, documents, papers, photographs, recordings or tangible objects of any kind: (1) which the prosecution intends to use or produce at trial, (2) which have been used, examined or prepared as part of the investigation or prosecution of any one or more of the charges against the accused, (3) which have been obtained from or belong to the accused, or (4) which have been seized or obtained pursuant to a search warrant issued in connection with the investigation or preparation for trial or any one or more of the charges against the accused;

(f) All reports or statements of experts supplied to the investigation or prosecution authorities in connection with the investigation or preparation for trial or any one or more of the charges against the accused, including results of physical or mental examinations and of scientific tests, experiments or comparisons, and analyses of physical evidence, whether or not the prosecution intends to call the expert or present the report, statement, result, analysis or comparison at trial; and a statement of the qualifications of each expert witness the prosecution intends to call at trial;

(g) Motor vehicle accident reports prepared in connection with the events forming the subject matter of any one or more of the charges against the accused;

(h) Subject to legislation setting out material and information not subject to disclosure (see No. 5 below) all information or material, not included in any of the categories already set out, that might reasonably be regarded as potentially useful to the defence in its preparation

for trial, or that may tend to negate the guilt of the accused or may tend to mitigate his punishment upon conviction;

4. At the discovery meeting the prosecution should also inform the defence of its position with respect to the following matters:

(a) Whether it intends to adduce similar fact evidence;

(b) Whether it intends to adduce evidence of recent complaint;

(c) Whether it intends to adduce accomplice evidence;

(d) Whether it intends to adduce a prior criminal record of the accused for purpose of questioning his credibility if he should choose to testify;

(e) The circumstances of all lineups involving the accused, or other attempted out-of-court identifications of the accused, whether the accused was in fact identified or not;

(f) The theory, or alternative theories, of the prosecution to be advanced at trial;

(g) Where there is more than one charge against the accused, the order in which the prosecution intends to try the charges;

and should supply to the defence sufficient details of these matters to enable the defence to prepare as fully as possible to either prepare to meet or to use the information so disclosed.

Material and information not subject to disclosure

5. These disclosure requirements should be qualified in two respects:

(a) The prosecution should be entitled to withhold disclosure of the identity of certain potential witnesses. The appropriate circumstances and procedures in such cases have already been described in Part I.

(b) Legislation should be enacted specifying certain material and information not subject to disclosure. This should include:

(i) *Privileged communications*

(ii) *Crown Privilege*

(iii) *Work Product:* With the exception of disclosure required of the theory or alternative theories of the prosecution to be advanced at trial, this privilege from disclosure should cover internal legal research,

records, correspondence and memoranda, to the extent that they contain opinions, theories or conclusions of investigating or prosecution personnel or staff, or reflect their mental processes in conducting the investigation or preparing the case for trial.

(iv) *Informants:* Disclosure of the identity of an informant should not be required where it would be detrimental to the effective investigation by any government agency of criminal activity, unless the prosecutor actually intends to call the informant as a witness at trial, or unless the informant has taken part in the event from which the prosecution arises.

Excision

6. When some parts of certain material are discoverable under the law and other parts are not, as much of the material should be disclosed as in consistent with compliance with the law. Excision of certain material and disclosure of the balance would be preferable to a withholding of the whole. Material excised by judicial order should be sealed and preserved in the court records to be made available to the appeal court in the event of an appeal.

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail nº4

PROCEDURE PENALE

la communication de la preuve

Juin 1974

©
Information Canada
Ottawa, 1974
Nº de cat.: J32-1/4-1974

AVIS

Ce *document de travail* présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. L'opinion finale de cette dernière sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au Ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire avant le 1er octobre 1974 à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

la commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président

L'honorable Antonio Lamer, vice-président

William F. Ryan, c.r., commissaire à plein temps

Dr. J. W. Mohr, commissaire à plein temps

Me Claire Barrette-Joncas, c.r., commissaire à temps partiel

Me John D. McAlpine, commissaire à temps partiel

Le personnel de recherche sur la procédure pénale

Darrell W. Roberts, B.A., LL.B., LL.M., directeur

Louise Arbour, B.A., LL.L.

David Pomerant, B.A., LL.B.

Experts-conseils

Jerome Atrens, professeur, Faculté de Droit, Université de la Colombie-Britannique

Herbert R. Taylor, analyste-programmeur senior, Centre d'Informatique, Université d'Ottawa

TABLE DES MATIÈRES

I

L'importance de la procédure pénale 1

II

La nature du processus pénal 5

III

Le processus pénal et la communication de la preuve 13
(a) La dialectique du système accusatoire et la communication de la preuve 13
(b) Les plaidoyers de culpabilité et la communication de la preuve 14

IV

La communication de la preuve et la pratique actuelle 17
(a) En droit 17
(b) En pratique 19

V

Les principes généraux applicables à la mise sur pied d'un système de communication de la preuve 25
(a) Un système formel 25
(b) Les renseignements et matières à divulguer 26
(c) Les procédures de communication de la preuve 28
(d) L'abolition de l'enquête préliminaire 28
(e) Le problème de la communication de la preuve de la défense à la couronne 30
(f) La portée du système de communication de la preuve 32

VI

Proposition de réforme 35
(a) Description générale 35
(b) La proposition de communication de la preuve 39

I

L'importance de la procédure pénale

1. Dans la préface d'une étude de droit comparé portant sur les systèmes de procédure pénale en vigueur dans différents pays et intitulée «The Accused», Leslie Scarman, qui devint plus tard Président du «English Law Commission», soulignait l'importance de la procédure en déclarant:

> «Dans l'ensemble du monde civilisé, le droit criminel positif varie peu d'un système juridique à l'autre et—à quelques exceptions près (v.g. délits politiques, peine capitale, traitement des jeunes délinquants)—les différences entre ces systèmes importent peu. S'il est prouvé qu'un homme est un voleur, cet homme sera, à peu près partout au monde, trouvé coupable d'un crime. Mais comment la société procède-t-elle pour faire la preuve du crime et punir le coupable? Là est la difficulté: car la justice et la liberté dépendent moins de la définition du crime que de la nature du processus administratif aussi bien que judiciaire mis sur pied pour soumettre le prévenu à la justice».[1]

Ces propos illustrent l'importance toute particulière de la procédure pénale et nous autorisent à aborder d'emblée l'objet de la présente étude, soit la procédure criminelle canadienne et les possibilités de réforme en la matière. Certains pourraient cependant craindre d'être entraînés prématurément à discuter de procédure; en effet, diront-ils, nous n'aurions pas à nous préoccuper de la nature du processus pénal s'il n'y avait, au départ, des conduites humaines définies comme criminelles et susceptibles, en conséquence, de mettre ce processus en branle.

2. Ainsi, dire que «la justice et la liberté dépendent moins de la définition du crime que de la nature du processus . . . mis sur pied pour soumettre le prévenu à la justice», c'est présumer que la société a le droit de réprimer certaines conduites humaines par la voie du processus pénal, c'est-à-dire par l'intervention policière, la poursuite judiciaire, la stigmatisation créée par l'assignation de la responsabilité criminelle, et l'imposition d'une peine de nature criminelle comme l'emprisonnement. Postuler ainsi soulève évidemment de sérieux problèmes. Quels sont les objectifs du droit criminel? Visent-ils la protection de la société, ou la réduc-

[1] J. A. Coutts, éditeur, *The Accused*, Londres, 1966.

tion du taux de criminalité, ou la réadaptation sociale des délinquants? Ne s'agit-il pas plutôt d'une combinaison de ces trois objectifs auxquels s'ajoute la reconnaissance fondamentale du droit, et même du devoir, de la société de prendre connaissance de la commission d'une infraction et de ne pas permettre qu'elle reste impunie pour ainsi affirmer, clarifier et soutenir les valeurs fondamentales sur lesquelles elle repose? Cependant, avant même de soulever ces questions, on pourrait se demander pourquoi on attribue un caractère pénal à certains actes? En fait, qu'est-ce que le droit criminel?

3. Il n'est toutefois pas nécessaire, et il serait peut-être même imprudent, d'aller au-delà de la simple formulation de ces questions fondamentales, puisque la présente étude porte sur la procédure pénale et non pas sur les objectifs du droit criminel. Quelles que soient les réponses définitives à ces questions, si réponses définitives il y a, nous pouvons tout au moins émettre l'opinion que le processus pénal n'est pas près de disparaître. Par conséquent, il est suffisant de reconnaître que toute cette discussion des mécanismes qui le régissent repose sur une hypothèse fort importante, soit la foi dans sa valeur réelle. Cette hypothèse et toutes les questions qu'elle soulève, pourront être traitées plus à fond dans le cadre d'études portant, par exemple, sur les principes de la détermination de la peine, ou encore sur la classification des infractions ou sur les solutions de rechange au processus pénal.

4. A ce stade-ci, toutefois, il convient d'être plus explicite quant aux solutions de rechange au processus pénal. Lorsqu'il demandait «Comment la société procède-t-elle pour faire la preuve du crime et punir le coupable», il est clair que Leslie Scarman se reportait aux procédures applicables avant et pendant le procès, procédures destinées à établir la culpabilité ou l'innocence. C'est aussi dans ce contexte que le présent document de travail traite de la procédure pénale canadienne et de la communication de la preuve. Cependant, le processus pénal sort parfois du cadre purement judiciaire. En fait, même dans les systèmes de droit criminel anglo-américains, il englobe des situations où des infractions sont commises et leurs auteurs identifiés, mais où aucune accusation formelle n'est portée, en raison d'un pouvoir discrétionnaire exercé soit par la police soit par la poursuite; il comprend aussi les cas où, après avoir été portées, des accusations sont retirées ou abandonnées. De telles pratiques font aussi partie du processus pénal.

5. Plus recemment, aux États-Unis et au Canada, des études expérimentales ont tenté d'élaborer, à partir du pouvoir discrétionnaire conféré à l'État dans la poursuite des délinquants, c'est-à-dire le pouvoir de porter, de ne pas porter ou d'abandonner une accusation, des solutions de rechange au système traditionnel de plaidoyer et de procès. En 1969, à New York,

le «Vera Institute of Justice» a entrepris une expérience qui visait à détourner les alcooliques du processus pénal traditionnel et à les orienter plutôt, lorsqu'ils y consentaient, vers un programme de désintoxication. Ce projet de réorientation a par la suite pris de l'expansion, et il fut offert aux jeunes délinquants. Le but de l'expérience était de freiner la croissance de carrières criminelles en intervenant dans le système judiciaire après qu'un individu avait été arrêté mais avant son procès, pour lui offrir l'aide de conseillers et lui trouver un emploi stable. Dans la mesure où il était ainsi prêt à collaborer, on retirait ou abandonnait les accusations portées contre lui. Dans un rapport couvrant une période de dix ans, le «Vera Institute» constate que grâce à cette initiative, un nombre encourageant d'individus ont réussi à transformer leur mode de vie antisocial. Des projets similaires ont été mis sur pied dans plusieurs autres villes américaines dont San Antonio, San Francisco, Boston, Newark, Cleveland, Baltimore, Minneapolis et Washington.

6. A Washington, l'expérience de réorientation est intitulée «Project Crossroads»; cette expérience a démontré elle aussi qu'il est possible de travailler de concert avec les tribunaux et leur personnel pour offrir, avant leur procès, une solution de rechange aux jeunes qui en sont à leur première infraction. En offrant à ces personnes, au cours d'une période de trois mois suivant leur arrestation mais avant leur procès, des services intensifs de conseillers, des offres d'emploi, des programmes d'éducation pour fins thérapeutiques et d'autres services ancillaires, ce projet tente de donner une nouvelle orientation aux jeunes délinquants, avant qu'ils ne s'enracinent dans un mode de vie criminel. Si, à l'échéance de la période de trois mois, les accusés ont fait des progrès satisfaisants, sur recommandation du projet «Crossroads», la cour rejettera les accusations portées contre eux. Ces programmes de réorientation sont peut-être l'amorce d'une approche entièrement nouvelle au traitement des délinquants. De fait, le rapport de la Conférence nationale américaine sur la Justice pénale publié en janvier 1973 recommande une plus grande utilisation des mesures permettant l'interruption ou la suspension des procédures criminelles, avant que ne soit prononcée la condamnation d'un accusé consentant à participer à un programme de réadaptation sociale ou de restitution.

7. A Toronto, le Projet de droit criminel de East York a étudié divers cas où un acte criminel avait été commis, pour tenter de déterminer si certaines situations ne seraient pas mieux réglées par un processus pénal de type non accusatoire. Bien que le rapport final sur cette étude n'ait pas encore été reçu, les rapports intérimaires laissent entrevoir que plusieurs des infractions qui sont commises dans le cadre d'une relation permanente entre l'accusé et la victime, telles des voies de fait commises par le mari sur sa femme, seraient mieux réglées par une procédure du genre de l'arbitrage,

plutôt que par un procès de type traditionnel, lequel tend à éloigner les parties l'une de l'autre et à polariser leur antagonisme.

8. La portée exacte que pourront avoir les programmes de réorientation au Canada dépasse l'objet de la présente étude. Les avantages de ces programmes semblent par ailleurs assez évidents: ils permettent que des différends soient réglés sans le stigmate d'une condamnation, en plus d'offrir une aide considérable et de nombreux services à très courte échéance, de sorte qu'on peut restreindre aux cas les plus sérieux le recours aux procédures judiciaires formelles. Malgré tous ces avantages, on doit cependant prendre garde de ne pas provoquer une participation injustifiée à ces programmes de réorientation. Si un accusé maintient son innocence, il doit être soumis au processus pénal traditionnel et subir son procès. Donner ouverture à une participation involontaire ou forcée aux programmes de diversion, c'est brimer, sous prétexte de traitement, les droits fondamentaux dont jouirait l'accusé s'il subissait un procès.

9. Bien que cette description sommaire des possibilités offertes par les programmes de réorientation ouvre la voie à une approche entièrement nouvelle du processus pénal, il n'y a pas de réorientation possible sans une procédure générale à partir de laquelle un accusé puisse être réorienté. Ainsi, à la base de toutes ces solutions de rechange, on retrouve le processus pénal au sens strict, dont la fonction est de déterminer l'innocence ou la culpabilité, et de soumettre ainsi l'accusé à la justice. Nous revenons donc à notre hypothèse première selon laquelle le processus pénal n'est pas près de disparaître, surtout pour disposer des crimes les plus graves aussi bien que dans tous les cas où la poursuite maintient ses allégations et l'accusé affirme son innocence. L'intérêt que présente le concept de réorientation ne doit donc pas empêcher l'examen approfondi du processus pénal traditionnel, tant au niveau des procédures applicables avant que pendant le procès. Nous pouvons donc entreprendre dès maintenant cet examen, et nous reviendrons ultérieurement sur les solutions de rechange, lorsque nous traiterons des plaidoyers de culpabilité.

II

La nature du processus pénal

10. Avant d'entreprendre l'étude de la procédure pénale canadienne, et plus particulièrement de la communication de la preuve en matière criminelle, il serait utile de traiter brièvement de la nature de notre système actuel de justice pénale. Cet examen portera sur les objectifs et la forme du processus pénal, de façon à ce que soit mieux comprise l'importance de la communication de la preuve, c'est-à-dire la divulgation à la partie adverse de renseignements, objets, théories—en fait, tout ce qui peut être pertinent à la poursuite ou à la défense dans une affaire criminelle.

11. Il est plus facile de définir les objectifs du processus pénal que ceux du droit pénal. En effet si, passant outre à cette définition, l'on accepte l'existence du droit pénal, on peut alors affirmer que le but premier du processus pénal est de déterminer la culpabilité ou l'innocence des accusés. Du moins en est-il ainsi du processus pénal dans son sens strict qui vise à traduire le prévenu devant la justice.

12. C'est en fait la poursuite de cet objectif, soit la procédure assurant la condamnation des coupables et l'acquittement des innocents, que l'on appelle parfois la recherche de la vérité par le processus pénal. Le fait de l'exprimer en ces termes témoigne d'une volonté de voir l'État n'intervenir dans la vie privée d'un individu que s'il est prêt à exprimer clairement ses intentions et à prouver la responsabilité qu'il allègue de façon satisfaisante.

13. Cependant, cette recherche de la vérité par le processus pénal n'a pas une valeur absolue. Très peu de pays, et aucun dans le monde occidental, autorisent l'usage de serums de vérité, ou obligent un accusé à se soumettre à une intervention chirurgicale pour récupérer un élément de preuve susceptible de l'incriminer. On sait cependant qu'au Canada, lorsqu'une personne est soupçonnée d'avoir conduit un véhicule automobile alors que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool ou une drogue, elle doit fournir un échantillon de son haleine. Son refus ou son défaut de ce faire la rend passible d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. D'aucuns verront peut-être là une évolution lente mais certaine vers la prépondérance de la recherche de la vérité. Il est clair malgré tout que la société n'est pas prête à sacrifier tout autre intérêt à cette recherche de la vérité. C'est là une seconde préoccupation fondamentale dans le processus pénal, soit le respect de la dignité humaine

et de la vie privée. Cette préoccupation n'a peut-être jamais été mieux exprimée que par le vice-chancelier Knight Bruce dans la cause anglaise de *Pearse v. Pearse* (1846) 1 de. G. & Sm. 12, 28 lorsqu'il déclarait:

> «La vérité, comme toutes les bonnes choses, peut être aimée déraisonnablement—peut être poursuivie trop avidement—peut coûter trop cher».

14. Il existe une deuxième limite d'ordre général imposée à cette recherche de la vérité par le processus pénal. Celle-ci naît du désir de réduire le risque de condamner des innocents. Le principe voulant qu'un accusé soit présumé innocent jusqu'à ce que la preuve ait été faite de sa culpabilité, et le fardeau imposé à la couronne de faire cette preuve au-delà de tout doute raisonnable en sont, dans notre système juridique, les exemples les mieux connus. Ces principes, auxquels s'ajoutent certaines règles de preuve, peuvent évidemment être considérés comme des moyens d'améliorer l'exactitude des résultats d'une enquête. Dans une telle perspective, ils garantissent alors la qualité de la vérité. Dans la mesure, cependant, où leur application peut permettre l'acquittement de personnes qui de fait sont coupables, ils peuvent aussi être considérés comme des obstacles imposés à cette recherche de la vérité. Au fond c'est dans la double fonction de la procédure pénale que réside tout le problème; acquitter les innocents, condamner les coupables. «Mais, malheureusement, il existe un conflit entre ces deux fonctions: plus nous tentons d'empêcher que soient condamnés des innocents, plus nous courons le risque d'acquitter des coupables»[2]. Ainsi, si l'on considère que cette recherche de la vérité vise des résultats «positifs», soit les condamnations, et non pas des résultats «négatifs», soit les acquittements, ces principes et ces règles deviennent alors clairement des obstacles imposés à la recherche de la vérité.

15. La plupart des systèmes de procédure pénale comportent de tels obstacles, bien qu'ils soient parfois de nature différente. Mais plutôt que de s'attacher à analyser ces différences, il semble plus simple de constater qu'un système valable de procédure pénale se doit de refléter ces trois préoccupations fondamentales: la recherche de la vérité, le respect de la dignité humaine et la protection contre le risque de condamner des innocents. De plus, on peut sûrement affirmer que ces trois préoccupations sont présentes dans notre système de droit malgré les tensions et les conflits qui naissent parfois, à différents niveaux, lors de leur application.

16. Que dire, cependant, de la forme de notre processus pénal destiné à rendre justice au prévenu? La forme que nous lui connaissons sert-elle à exprimer les objectifs et les préoccupations fondamentales qui le carac-

[2] Mirjan Damaska, "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study", U. of Penn. L.R. 506, 576 (1973).

térisent, et en quoi ces objectifs et ces préoccupations sont-ils reliés à la communication de la preuve dans les causes criminelles?

17. En ce qui a trait à la forme de notre processus pénal, il est clair que le Canada, de pair avec l'Angleterre, les États-Unis et les autres pays qui ont adopté un système judiciaire d'origine anglaise, possède un système dit accusatoire, par opposition aux systèmes non accusatoires ou inquisitoires de la France et de l'Allemagne de l'Ouest. Mais cette terminologie—adversaire contre non adversaire ou accusatoire par opposition à inquisitoire—est beaucoup trop vague pour qu'on l'utilise sans tenter de la définir ou de la décrire. On peut toutefois se demander s'il est indispensable, aux fins de la présente étude, d'entreprendre cette digression.

18. Dans son premier programme de recherche, la Commission de Réforme du Droit avait exprimé l'intention de procéder à une étude de «l'efficacité du système accusatoire». De fait, notre document de travail sur la communication de la preuve en matière criminelle est, en même temps, une étude de l'efficacité du processus pénal canadien dans sa forme accusatoire. Pouvons-nous en conséquence en rester là et nous dispenser de définir plus avant ce qu'est un système accusatoire?

19. On ne saurait évaluer l'efficacité d'un système sans d'abord savoir en quoi il consiste, et sur quels fondements il repose. De plus, cette étude ne se propose pas de comparer l'efficacité du système accusatoire avec celle des systèmes inquisitoires de la France ou de l'Allemagne de l'Ouest; elle suppose au contraire que notre processus pénal va conserver sa forme accusatoire. Aussi est-il préférable de s'entendre sur l'appellation «accusatoire» avant de vérifier le bien-fondé de cette hypothèse. La digression s'impose donc.

20. Bien que les termes «accusatoire» (ou adversaire) et «inquisitoire» (ou non adversaire) puissent être utilisés dans plusieurs sens, et bien qu'on ne distingue pas toujours clairement les traits particuliers de l'un ou de l'autre, il existe un contraste entre ces systèmes qui illustre les caractéristiques essentielles de chacun d'eux. La pierre angulaire du modèle accusatoire réside dans le fait que les procédures reflètent une controverse entre deux parties—dans une cause criminelle, entre la poursuite représentant l'État, et l'accusé—ces deux parties étant appelées à comparaître devant un arbitre indépendant, le tribunal, lequel décidera de l'issue du litige. La controverse doit donc être laissée entièrement entre les mains des parties; celles-ci détermineront les points en litige et fourniront au tribunal les faits et arguments à l'appui de leurs prétentions respectives. Dans un tel modèle, les protagonistes occupent donc des fonctions précises, indépendantes et généralement opposées. Lorsqu'il rédige l'acte d'accusation, ou lorsqu'il révise une plainte portée par la police, le procureur de la couronne décide des allégations de fait qu'il entend prouver et prépare sa preuve en consé-

quence. De plus, si l'accusé décide de contester l'accusation, le procureur de la couronne aura le fardeau de présenter cette preuve au tribunal, et le fardeau de convaincre la cour du bien-fondé de ses allégations. L'accusé, de son côté, décide de la position qu'il entend adopter face à l'accusation: il peut l'admettre ou la contester et, dans ce dernier cas, il doit décider de la présentation de sa version des faits et en faire la preuve. Au milieu de cette controverse, le rôle du juge est celui d'un arbitre chargé de s'assurer que les parties respectent les règles du jeu et de rendre, à l'issue de cet affrontement, une décision correcte et juste. Bien que cette description puisse paraître trop sommaire, elle illustre quand même les caractéristiques essentielles du système accusatoire, soit les rôles relativement actifs des parties appelées à préparer et à présenter le litige, et le rôle relativement passif, indépendant et impartial de la cour.

21. A l'opposé, cependant, dans le système inquisitoire, la personne appelée à prendre la décision enquête elle-même sur les faits, ou fait procéder à une enquête sous sa direction, de sorte que les procédures ne se présentent plus comme une controverse, mais plutôt comme une enquête complète et officielle. Ce genre d'enquête ne peut être laissé à l'initiative des parties; de fait, la présence de parties au sens d'acteurs indépendants est inutile.

22. Encore une fois, si cette description semble trop sommaire, elle esquisse tout au moins les caractéristiques essentielles du système inquisitoire, ou non adversaire, soit une confiance dans le rôle actif du juge et dans les fonctions relativement passives des parties. Ainsi, la différence fondamentale entre les deux systèmes repose sur ces conceptions opposées du rôle du juge quant à la recherche des faits: indépendance et passivité judiciaires relatives d'une part, et dynamisme judiciaire d'autre part.

23. C'est cette différence fondamentale qui soutient vraiment notre hypothèse à l'effet que le modèle accusatoire va demeurer, au Canada, le mode de preuve par lequel nos procédures criminelles aussi bien avant que pendant le procès, vont permettre de soumettre le prévenu à la justice. En d'autres termes, cette hypothèse est à l'effet que les caractéristiques essentielles du système accusatoire ne disparaîtront pas, soit le recours aux fonctions relativement actives des parties dans la préparation et la présentation de la controverse, et la confiance dans le rôle relativement passif, indépendant et impartial de la cour; ce qui implique que les caractéristiques fondamentales du système inquisitoire (ou non adversaire), soit ce relatif dynamisme judiciaire et la quasi-passivité des parties ne seront pas et, de fait, n'ont pas besoin d'être adoptées au Canada.

24. Formulée de cette façon, notre hypothèse illustre clairement que cette adhésion au système accusatoire n'est pas attribuable à la crainte et à la méfiance qui entourent souvent le terme «inquisitoire». Bien sûr,

aux temps éloignés de l'Inquisition et de la Chambre étoilée, les procédures inquisitoires évoquaient les enquêtes secrètes, les longues périodes d'incarcération avant le procès sans même que des accusations précises aient été portées, l'usage de la torture pour obtenir des aveux (les aveux étant alors le seul mode de preuve légal à l'égard des crimes graves) et les jugements fondés sur des preuves amassées par les enquêteurs, sans audition judiciaire formelle, parfois même sans que les juges aient vu l'accusé. Bien que ces procédés ne relèvent pas de l'essence même du système inquisitoire, le fait qu'ils y aient été associés a provoqué, dans l'histoire anglo-américaine, une aversion profonde à l'égard de tout ce qui se prétend «inquisitoire». Mais au-delà même du fait historique, il est permis de croire que les caractéristiques fondamentales du modèle accusatoire subsisteront parce qu'il s'agit précisément de notre système, et non pas simplement d'un modèle. C'est là le seul système de procédure criminelle que la profession légale, la magistrature aussi bien que la plupart des habitants de ce pays aient jamais connu. A cause de cela, et pour des raisons historiques, idéologiques ou simplement parce qu'il leur est familier, la plupart des gens se sentent engagés envers lui. Pour les mêmes raisons, ce serait une tâche énorme que de transformer les structures fondamentales du système accusatoire en un système inquisitoire. Au départ cela impliquerait l'entière rééducation de la magistrature, du barreau et du public en général, orientée vers un système que beaucoup jugeraient philosophiquement inacceptable. Finalement, et si l'on veut justifier cette hypothèse sur un plan plus théorique, il n'a pas été démontré de façon concluante que le système accusatoire soit moins fiable, ou moins exact dans la recherche de la vérité en matière pénale, que le système inquisitoire. A ce niveau, on doit oublier pour l'instant les préoccupations de respect pour la dignité humaine et de protection contre le risque de condamner des innocents (ce que semble accomplir au moins aussi bien le système accusatoire que n'importe quel système inquisitoire), et centrer la discussion sur la précision des méthodes d'enquête sur les faits. Quant à cette question des méthodes accusatoires ou inquisitoires de présentation de la preuve, il est fort possible que la précision de l'enquête sur les faits effectuée selon les méthodes accusatoires soit plus satisfaisante que celle dirigée selon le mode inquisitoire. A l'heure actuelle, les opinions sur cette question sont très partagées bien que la position prédominante dans les systèmes juridiques anglo-américains préfère la méthode d'enquête de type accusatoire.

25. Cependant, afin d'éviter tout malentendu, soulignons qu'il n'est pas nécessaire de prendre définitivement position sur cette question. Au soutien de notre hypothèse à l'effet que le système accusatoire n'est pas près de disparaître, il suffirait de mentionner qu'il incombe à ceux qui préconisent un système différent, de nature inquisitoire ou autre, de faire

la preuve de son mérite. Nous sommes d'avis que cette preuve n'a pas été faite.

26. On ne doit pas pour autant conclure que la méthode accusatoire, spécialement lorsqu'elle est appliquée en matière pénale, est à l'abri de toute critique. Bien au contraire, et comme nous tenterons de le démontrer plus loin, le concept même de communication de la preuve en matière pénale veut pallier aux abus auxquels donne lieu la méthode accusatoire, lorsqu'elle est appliquée sans contrôle. Aussi la mise en vigueur d'une procédure de communication de la preuve viendrait sûrement renforcer cette hypothèse selon laquelle la structure de base du système doit demeurer inchangée.

27. Nous nous sommes attachés jusqu'ici à définir dans ses grandes lignes le système accusatoire, de façon à démontrer que sa structure fondamentale doit être maintenue. Notre discussion demeure toutefois incomplète, puisque toutes les causes ne font pas l'objet d'un procès. De fait, la plupart des accusations pénales sont au contraire réglées par un plaidoyer de culpabilité. Des études récentes démontrent qu'au Canada, des plaidoyers de culpabilité sont inscrits dans près de 70 pourcent de toutes les causes criminelles[3]. On serait malvenu d'ignorer ce phénomène lorsqu'on traite de la forme du processus pénal canadien.

28. En plus de supposer le maintien du système accusatoire, tant au niveau du procès que des procédures préalables au procès, nous devons en faire autant pour le plaidoyer de culpabilité. Le fait de pouvoir plaider coupable à une accusation découle logiquement de cette liberté que le système accusatoire laisse aux parties de déterminer les points en litige et même, à la limite, de décider s'il existe une controverse. Mais il y a d'autres raisons qui permettent de prévoir le maintien de cette procédure. Tout d'abord, il faut admettre qu'il serait extrêmement coûteux de régler toutes les affaires pénales par un procès. Vouloir agir ainsi exigerait une augmentation considérable du nombre de juges, d'avocats, de locaux et d'auxiliaires de la justice; ce qui pourrait fort bien s'avérer impossible, compte tenu des ressources disponibles et des priorités sociales. En second lieu, si seules les causes vraiment litigieuses donnent lieu à un procès, le sens véritable de la présomption d'innocence en sera renforcé d'autant. Enfin il n'est que sensé, nous semble-t-il, de demander à l'accusé s'il admet ou s'il nie sa culpabilité. Il faut toutefois s'assurer que cette personne comprend bien la nature de l'accusation portée contre elle adéquatement informée des circonstances du crime et des conséquences d'un plaidoyer de culpabilité, de façon à ce que son plaidoyer soit libre, volontaire et fait en toute connaissance de cause.

---

[3] Voir J. Hogarth, *Sentencing as a Human Process*, 270 (1971); *Canadian Civil Liberties Education Trust*, Due Process Safeguards and Canadian Criminal Justice, 39 (1971); *Rapport du Comité Canadien de la Réforme Pénale et Correctionnelle*, 134 (1969).

29. Ces propos terminent notre brève description du processus pénal canadien, dans ses objectifs et la structure du procès et des procédures préalables au procès. Essentiellement le système permet à l'accusé de plaider coupable ou de nier les accusations portées contre lui par l'État. Dans ce dernier cas, il subira un procès où la preuve des accusations sera faite selon la méthode accusatoire. Il s'agit aussi d'un système qui vise à établir la véracité des allégations, tout en respectant la dignité humaine et la vie privée et en minimisant le risque de condamner des innocents. Ainsi, ce système présente certaines caractéristiques bien connues:

(a) Pendant tout le procès, c'est à la poursuite qu'il incombe de prouver la culpabilité. Elle doit, pour ce faire, prouver au-delà de tout doute raisonnable tous et chacun des éléments essentiels de l'infraction.

(b) L'accusé est présumé innocent tout au long du processus pénal. Il peut garder le silence et exiger ainsi que la preuve de sa culpabilité soit faite sans sa collaboration. Ceci ne veut pas dire, bien sûr, que la police n'a pas le droit de l'interroger, ni que des aveux faits volontairement ne peuvent être reçus en preuve. Cela n'empêche pas, non plus, que des déductions soient faites quant à sa crédibilité s'il choisit de témoigner au soutien de sa défense, et s'il offre des explications qui auraient pu être offertes plus tôt; ces déductions, bien sûr, peuvent toujours être tempérées ou même disparaître à la lumière des circonstances entourant sa décision de garder le silence. Ce droit de garder le silence signifie que, l'accusé, conscient de ces risques, peut s'il le désire demeurer passif du début à la fin des procédures.

(c) Lorsque la couronne a terminé sa preuve, l'accusé a le droit d'invoquer l'absence totale de preuve sur quelque élément essentiel à l'établissement de sa culpabilité ou, dans le cas d'un procès par jury, de souligner l'insuffisance de la preuve circonstantielle et d'être acquitté en conséquence.

(d) Ou encore, lorsque la couronne a terminé sa preuve, et si l'accusé a choisi de ne pas présenter de défense, il a le droit de soulever comme premier moyen de défense la faiblesse de la preuve offerte par la couronne et l'existence d'un doute raisonnable.

(e) Avant le prononcé du jugement, l'accusé à toujours le droit de présenter une défense pleine et entière à l'encontre de l'accusation portée contre lui.

III

Le processus pénal et la communication de la preuve

30. Cette esquisse des structures et des objectifs terminée, abordons maintenant le thème majeur de notre étude: la relation existant entre le processus pénal et la communication de la preuve. Le processus pénal peut-il atteindre ses objectifs sans se préoccuper de contraindre une partie à dévoiler sa preuve à son adversaire? La structure du processus peut-elle fonctionner, tant au niveau des plaidoyers de culpabilité qu'au niveau du procès, sans cette communication de la preuve? A cela il faut répondre que les objectifs ne peuvent être atteints, ni la structure fonctionner de façon rationnelle sans communication de la preuve, et nous nous attacherons maintenant à en donner les raisons.

(a) La dialectique du système accusatoire et la communication de la preuve

31. Nous avons déjà dit que le processus pénal vise à établir la véracité des inculpations tout en respectant la dignité humaine et la vie privée et en minimisant le risque de condamner des innocents. Dans un système accusatoire, il est peu probable que ces objectifs soient atteints de façon satisfaisante en l'absence d'un mécanisme de communication de la preuve. La police et la poursuite entreprennent des enquêtes, colligent des renseignements, portent des accusations criminelles et s'emploient à établir, au-delà du doute raisonnable, la culpabilité des personnes qu'ils accusent. Ils œuvrent dans un système qui leur donne un contrôle presque complet des éléments de preuve qui seront présentés pour établir la culpabilité. Il en est ainsi des éléments de preuve qui ne seront jamais connus, soit parce qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une enquête plus approfondie, soit parce qu'ils ne seront pas présentés au juge. Il ne s'agit pas d'insinuer que la police et la poursuite, dans l'exécution de leurs fonctions, cachent sciemment à la défense des renseignements qui pourraient lui être utiles. Mais cela veut dire que sans divulgation préalable au procès de l'identité des témoins et de la preuve qu'ils ont à offrir, ou de la preuve matérielle, la défense sera moins en mesure d'étudier et de contester la preuve présentée par la couronne et de mettre en lumière les aspects douteux de cette preuve, le cas échéant. Ceci est particulièrement vrai lorsque la défense ne dispose pas des mêmes moyens d'enquête, ou lorsque le recours à des enquêtes privées ne permet pas pour autant de découvrir les éléments de preuve en possession de la couronne. Cela signifie également que la non-

divulgation de la part de la couronne d'éléments de preuve qu'elle considère non pertinents ou peu importants prive la défense de renseignements qui, à ses yeux peuvent être pertinents ou tout au moins conduire à la découverte d'autres faits pertinents. C'est donc dire que l'absence de communication de la preuve à l'accusé de la part de la couronne restreint sérieusement l'accomplissement des objectifs du processus pénal.

32. La réalisation des objectifs du processus pénal est ainsi mise en péril puisque le procès de type accusatoire ne peut fonctionner de façon aussi efficace en l'absence de communication de la preuve. Bien que, dans une certaine mesure, l'absence de communication de la preuve semble découler naturellement du système accusatoire, elle est loin de lui être essentielle. En fait, il semble que si le modèle accusatoire devait fonctionner de façon rationnelle, il faudrait que l'inverse soit le cas. Comme le faisait remarquer le juge en chef Traynor de la Cour suprême de la Californie, où sont en vigueur de nombreuses mesures prévoyant la communication de la preuve avant procès en matière criminelle:

> «Les arguments en faveur du système accusatoire sont à l'effet qu'il permet que la vérité soit établie de façon raisonnablement certaine. Le raisonnement veut que, chaque partie s'efforçant de présenter sa thèse et de contredire celle de son adversaire, cet affrontement fasse ressortir toute la preuve pertinente qui est disponible. Un tel raisonnement n'est guère réaliste à moins que les adversaires aient accès à la preuve à l'avance et qu'ils puissent se préparer en conséquence».[4]

33. De cette façon on peut conclure que la communication de la preuve est essentielle à la logique et à l'application efficace du système accusatoire. Ceci est particulièrement vrai en matière criminelle, et plus particulièrement pour l'accusé qui a besoin de prendre connaissance à l'avance de la preuve de la couronne. En matière pénale, l'accusé est celui qui risque de souffrir le plus du manque de communication de la preuve. Il ne fait aucun doute que cela puisse également nuire à la poursuite dans certains cas; nous reviendrons ultérieurement sur cette question. Mais à cause de la théorie même du processus pénal, et vu que l'accusé est le moins habile, en termes d'occasions, de pouvoirs, de ressources, y compris les ressources financières, à entreprendre une enquête, son besoin de recevoir communication de la preuve est crucial.

(b) Les plaidoyers de culpabilité et la communication de la preuve

34. Nous avons déjà dit que la plupart des accusés plaident coupables aux accusations portées contre eux, et que la procédure du plaidoyer de culpabilité va continuer d'exister, sans dire pour autant que cette procédure est sans défaut et ne peut être améliorée. On doit sans doute éviter les

[4] Traynor, «Ground Lost and Found in Criminal Discovery», 39 N.Y.U.L. Rev. 228 (1964).

commentaires trop généraux quant à l'application des procédures pénales, car les pratiques peuvent varier largement d'une région à l'autre. Mais il reste que cette procédure pourrait être améliorée dans la mesure où un accusé peut ne pas être raisonnablement informé de la nature de l'accusation ou de la teneur de la preuve (nous reviendrons sur ce qu'il faut entendre par information raisonnable). Il en est de même dans les cas où les tribunaux n'examinent pas en détail les circonstances entourant le plaidoyer et ne prennent pas le soin voulu pour s'assurer que l'accusé comprend bien les implications factuelles de son geste en fait et en droit, et en connaît les conséquences. L'objectif primordial du processus pénal, entendu dans le sens où il doit «traduire le prévenu devant la justice», est de décider de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé, et cet objectif doit être atteint, que le jugement fasse suite à un plaidoyer de culpabilité ou à un procès. Ainsi, s'il est juste de donner communication de la preuve à l'accusé avant son procès, il est aussi juste de l'informer de la sorte avant même qu'il ne soit appelé à enregistrer son plaidoyer. Il faut comprendre qu'en plaidant coupable, l'accusé avoue non seulement sa participation de fait à une activité illégale, mais aussi sa responsabilité légale. En somme il avoue tous les éléments de l'infraction et reconnaît qu'il n'a pas de défense à offrir. Il se peut que le sentiment de culpabilité et le remords poussent certains accusés à s'avouer coupables sans chercher à connaître la nature exacte et la valeur de la preuve à charge contre eux. Mais cela n'allège en rien la responsabilité qui incombe à notre système de justice de faire en sorte qu'un accusé ne soit puni que s'il le mérite.

35. Notre système de droit ne saurait permettre qu'un accusé plaide coupable sans être parfaitement renseigné, non seulement quant à la nature de l'accusation portée contre lui, mais aussi quant à la teneur de la preuve de la couronne et aux conséquences d'un plaidoyer de culpabilité. C'est là la relation véritable entre la procédure des plaidoyers de culpabilité et la communication de la preuve en matière pénale.

IV

La communication de la preuve et la pratique actuelle

36. S'il est vrai que la communication de la preuve facilite la réalisation des objectifs du processus pénal de type accusatoire, ne faudrait-il pas se surprendre que notre système ne la prévoie pas? Si la question est facile à formuler, la réponse, malheureusement, n'est ni évidente, ni simple.

(*a*) *En droit*

37. En vertu du droit actuel, l'accusé a rarement un droit explicite de recevoir communication de certains éléments de la preuve. Dans les quelques cas où la loi lui reconnaît ce droit, il semble que ce ne soit pas vraiment dans le but d'instaurer une procédure de communication de la preuve. Ainsi, par exemple, dans les causes de trahison, la loi exige que l'accusé reçoive à l'avance la liste des témoins à charge et des candidats-jurés; cette mesure, cependant, n'a pas été promulguée pour assurer à chaque accusé un minimum d'information avant procès. Elle nous vient de l'Angleterre, où les membres du Parlement l'ont adoptée au cas où ils seraient eux-mêmes accusés de trahison par suite d'une quelconque activité politique. Encore à titre d'exemple, certains perçoivent l'enquête préliminaire comme une procédure instaurée aux fins de communication de la preuve. Tel n'est pas le cas cependant. En effet, il faut se souvenir que cette procédure fut d'abord instituée dans le but de mettre un terme à l'emprisonnement injustifié des personnes qui attendaient leur procès, et aussi pour vérifier les décisions des magistrats anglais quant au cautionnement de ceux qui devaient être jugés par les cours supérieures. Peu de temps après, l'enquête préliminaire fut utilisée pour permettre que soit vérifiée judiciairement la suffisance de la preuve qui justifie la tenue d'un procès; et c'est encore aujourd'hui sa fonction, bien qu'elle soit généralement perçue comme procédure de communication de la preuve. Cette attitude, toutefois, n'est guère réaliste, puisque l'enquête n'est disponible que dans l'infime minorité des causes criminelles. Selon Statistique Canada, en 1969, seulement 5 pour cent des causes criminelles furent entendues devant juge seul (ceci n'inclut pas les magistrats de la Partie XVI) ou devant juge et jury, et ces causes sont les seules qui peuvent faire l'objet d'une enquête préliminaire.[5]

[5] Si l'on se réfère au rapport de Statistique Canada, *Statistiques de la criminalité, 1969*, publié en 1972, et qui exclut l'Alberta et le Québec, on constate que sur 43,082 actes criminels, 39,492 furent entendus devant un magistrat de la Partie XVI, ce qui constitue 94% de tous les actes criminels. Si l'on ajoute toutes les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité aux causes entendues devant les cours de juridiction inférieure, et pour lesquelles on ne tient donc pas d'enquête préliminaire notre chiffre de 95% est pour le moins conservateur.

De plus, même dans les causes où l'enquête est disponible, nos tribunaux ont décidé que sa fonction était strictement de décider si l'accusé devait ou non être cité à son procès; sans le dire formellement, ils ont au moins clairement laissé entendre que sa fonction n'était pas de pourvoir à la communication de la preuve en faveur de l'accusé. Ainsi, dès que la couronne a présenté suffisamment de preuve pour justifier la tenue d'un procès, le juge peut mettre un terme à l'enquête, et il le fait d'ailleurs souvent, même si la couronne n'a pas fait entendre tous ses témoins ou présenté toute la preuve dont elle dispose.

38. Il existe, dans notre droit pénal, d'autres dispositions permettant à l'accusé de recevoir communication de la preuve avant le procès. Ces dispositions sont toutefois de portée très limitée. Il s'agit entre autres du droit de se voir remettre des pièces aux fins d'épreuve ou d'examen, ou encore du droit de recevoir copie de sa déclaration au juge enquêteur. Somme toute, on peut dire que le droit canadien reconnaît très rarement à l'accusé le droit d'obtenir communication de la preuve.

39. Mais il ne faut pas étudier seulement les règles formelles de droit. Il faut aussi tenir compte du rôle que doit, du moins en théorie, accomplir le procureur de la couronne, aussi bien que des politiques qu'il applique quotidiennement en matière de communication de la preuve. C'est par un examen de ces deux aspects de la question que nous pourrons peut-être trouver une explication au silence du législateur. En effet, la théorie veut que le procureur de la couronne soit beaucoup plus qu'un adversaire partial dans la controverse; au sein de l'administration de la justice, son rôle est conçu comme celui d'un officier de justice ne représentant aucun intérêt particulier, et dont la seule fonction est de prêter assistance à la cour dans sa recherche de la vérité. C'est ainsi que M. le juge Rand déclarait, dans la cause de *Boucher v. La Reine* (1955) R.C.S. 16 à la page 23:

> «Le but d'une poursuite criminelle n'est pas d'obtenir une condamnation mais plutôt de soumettre à un jury ce que la couronne considère comme une preuve digne de foi de ce qu'on allègue être un crime. Les avocats ont l'obligation de présenter tous les faits disponibles et admissibles en preuve . . . Le rôle du procureur de la couronne exclut toute idée de victoire ou de défaite».

40. Tenant compte de ce fardeau imposé à la couronne, les tribunaux ont, plus souvent qu'autrement, refusé les requêtes de l'accusé pour obtenir communication de la preuve, et n'ont pas cru utile d'établir de règles spécifiques à cet égard. On compte en effet que, à titre d'officier de justice, le procureur de la couronne exercera judicieusement ses pouvoirs discrétionnaires et ne cachera rien à la défense. De toute façon, même si la couronne ne dévoilait pas certains renseignements à l'accusé avant le

procès, celui-ci ne saurait en souffrir puisque, selon la théorie, toute la preuve qui lui serait favorable serait alors présentée au procès par la couronne.

41. Cependant, et bien qu'il faille promouvoir l'idée d'imposer à la couronne des normes de conduite qui assurent qu'elle procède en toute équité, n'est-il pas utopique de s'attendre à ce qu'elle présente au procès toute la preuve qui soutienne la thèse de l'accusé? Alors qu'on a dit par exemple que la couronne devait faire entendre tous les témoins susceptibles d'établir le déroulement des faits sur lesquels repose l'accusation, on a aussi reconnu que la couronne ne saurait être tenue de faire entendre un témoin qu'elle ne croit pas. Cette position est sûrement raisonnable. C'est là, en dernière analyse, la limite évidente à l'imposition de normes de conduite; car si la couronne peut se tromper en décidant si un témoin est ou non digne de foi, on ne peut sûrement pas exiger qu'elle exécute à la fois ses propres fonctions et celles de la défense. Cette limite ne s'applique pas seulement au cas où la couronne estime peu fiable un témoin dont la version supporte la thèse de l'accusé. Elle s'applique également à l'égard de tout élément de preuve qui pourrait revêtir aux yeux de la défense un sens ou une importance particulière, qu'elle seule peut apprécier et qui pourrait être admissible en preuve au procès, ou du moins conduire à la découverte d'autres faits pertinents. C'est une erreur que de vouloir pallier l'absence de règles précises en matière de communication de la preuve en imposant à la couronne des normes de conduite professionnelle. Ceci est d'autant plus vrai dans un système accusatoire, où chaque partie doit présenter sa propre thèse et contester celle de son adversaire, pour que la vérité émerge de cet affrontement. En définitive, il est contraire à l'esprit même d'un système accusatoire de substituer à des règles formelles de communication de la preuve les exigences d'un devoir moral; en effet c'est à la défense, et non à la couronne, de décider de l'importance de ces faits après en avoir pris connaissance; ce n'est pas à la couronne de décider de la thèse de la défense et des faits qui la supportent.

(*b*) *En pratique*

42. Bien qu'il soit donc théoriquement erroné de substituer un simple devoir moral à un véritable système procédural, on peut se demander quelles sont les attitudes adoptées, en pratique, par les procureurs de la couronne à l'égard de la communication de la preuve à l'accusé. Dans quelle mesure dévoilent-ils habituellement leur preuve à la défense, de sorte que l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire puisse vraiment pallier l'absence de règles formelles?

43. Dans le cadre d'une enquête organisée par des membres du personnel de recherche à l'emploi de la Commission, des questionnaires détaillés furent envoyés aux procureurs de la couronne et aux avocats de la défense, pour tenter précisément de déterminer la nature et l'importance de ces pratiques officieuses en matière de communication de la preuve. Les questions portaient sur tous les types de renseignements que peut contenir une poursuite criminelle, et sur les différentes façons dont la divulgation à la défense peut s'effectuer.

44. Une analyse détaillée du résultat de cette enquête sera publiée ultérieurement; des résultats préliminaires établissent cependant de façon certaine que les pouvoirs discrétionnaires conférés à la poursuite ne sauraient servir de base à l'application d'un système satisfaisant de communication de la preuve. Ce résultat n'est guère surprenant, puisqu'on ne peut s'attendre à ce que les procureurs de la couronne ignorent le rôle d'adversaires qu'ils occupent dans le système et ce, même lorsqu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire de dévoiler leur preuve à l'avance. Cette conclusion devient encore plus évidente lorsqu'on constate la disparité des pratiques et des attitudes des procureurs de la couronne et ce, même à l'égard de renseignements aussi élémentaires que le nom et l'adresse des témoins.

45. Ce questionnaire fut adressé, entre autres, à des procureurs de la couronne de Montréal, de Toronto et de Vancouver. On leur demandait d'indiquer quelle était leur pratique habituelle à l'égard de la divulgation à la défense, avant le procès, des noms et adresses des témoins qu'ils avaient l'intention de citer au procès, aussi bien que ceux des témoins qu'ils n'avaient pas l'intention de faire entendre. Cette question faisait partie d'un chapitre portant sur la communication d'éléments particuliers de la preuve et, pour y répondre, les procureurs de la couronne devaient supposer tout d'abord que le renseignement existait, qu'ils y avaient accès, que la défense leur en avait fait la demande et enfin qu'il s'agissait d'une cause pour laquelle le *Code criminel* ne prévoyait pas d'enquête préliminaire. A l'égard de chaque élément de preuve énuméré, les procureurs devaient indiquer leur pratique habituelle en répondant «communique», «ne communique pas» ou «aucune pratique déterminée». Cette dernière rubrique, «aucune pratique déterminée», suggérait qu'aucune politique générale n'était suivie, et que la décision du procureur de la couronne de dévoiler ou non le renseignement requis dépendait de différents facteurs, allant de la crainte que le témoin fasse l'objet de pressions indues, à une antipathie personnelle à l'égard de l'avocat de la défense. Seize procureurs de la couronne de Vancouver, 21 de Toronto et 9 de Montréal ont bien voulu répondre au questionnaire. Leurs réponses à quelques-unes des questions sont reproduites ci-après:

		Communique	*Ne communique pas*	*Aucune pratique déterminée*
Le nom des témoins civils que vous avez l'intention de citer au procès	(Vancouver)	11	2	3
	(Toronto)	11	3	7
	(Montréal)	3	4	2
L'adresse des témoins civils que vous avez l'intention de citer au procès	(Vancouver)	7	3	6
	(Toronto)	6	8	7
	(Montréal)	0	6	3
Le nom des témoins civils que vous n'avez pas l'intention de citer au procès	(Vancouver)	7	1	8
	(Toronto)	8	3	10
	(Montréal)	1	4	4
L'adresse des témoins civils que vous n'avez pas l'intention de citer au procès	(Vancouver)	6	1	9
	(Toronto)	7	5	8
	(Montréal)	1	4	4

46. De prime abord, on est surpris par la disparate des pratiques de Vancouver à Montréal. A Vancouver et à Toronto la plupart des procureurs de la couronne dévoilent habituellement le nom des témoins, alors qu'à Montréal la plupart ne dévoilent pas ce renseignement. Mais même à Vancouver, et plus encore à Toronto, un nombre important de procureurs de la couronne ont pour pratique habituelle de ne pas révéler l'identité de leurs témoins, ou encore n'ont aucune pratique déterminée à cet égard. En ce qui a trait à l'adresse des témoins, on constate que la pratique suivie par les 3 procureurs de Montréal qui dévoilent habituellement le nom de leurs témoins change complètement. Il en va de même pour 5 des 11 procureurs de Toronto qui dévoilaient le nom de leurs témoins ainsi que pour 4 procureurs de Vancouver. Par voie de conséquence, dans ces trois villes, c'est une majorité qui s'inscrit alors soit sous la rubrique «ne dévoile pas», soit sous celle «aucune pratique déterminée». Mais à quoi sert-il, dans des centres urbains de l'importance de Montréal, Toronto ou Vancouver, de connaître le nom d'un témoin sans connaître aussi son adresse? Pour ce qui est des témoins que la couronne n'a pas l'intention de faire entendre au procès, c'est en général la non-divulgation qui prime, ou encore l'absence de pratique déterminée ce qui, pour plusieurs accusés,

est du pareil au même. Reconnaissons cependant qu'à ces questions aussi bien qu'à toutes les autres, plus de procureurs de Vancouver et de Toronto indiquent qu'ils dévoilent habituellement des renseignements à la défense que ce n'est le cas à Montréal.

47. Pourquoi tant de procureurs de la couronne ont-ils pour politique de ne pas communiquer à la défense des renseignements aussi rudimentaires que les noms et adresses de leurs témoins? Les témoins n'appartiennent à personne, et lorsqu'un citoyen donne à la police des renseignements relatifs à une poursuite criminelle il devrait s'attendre, sauf dans des circonstances exceptionnelles, à ce que ses nom et adresse soient communiqués à l'avocat de la défense. Craint-on que les témoins dont l'identité serait ainsi révélée fassent l'objet de pressions indues ou de menaces? Il ne fait aucun doute que certains procureurs de la couronne sont de cet avis. Pourtant des études entreprises ailleurs ont démontré qu'une telle crainte n'était fondée que dans une minorité de cas.

48. De la même façon, il est peu probable que les procureurs de la couronne refusent de divulguer des renseignements aussi élémentaires, simplement par crainte de voir augmenter les cas de parjure et les faux témoignages. De fait, la majorité des procureurs de la couronne qui ont répondu au questionnaire ont rejeté cette hypothèse. Mais même si la communication de la preuve à l'accusé facilitait la fabrication de preuves ou l'intimidation de témoins, ce serait encore là l'exception. Ainsi, les procureurs de la couronne qui ont répondu au questionnaire auraient très bien pu avoir comme politique générale de dévoiler à la défense les noms et adresses de leurs témoins, sans pour autant sacrifier l'idée que ces renseignements devraient demeurer confidentiels, quand le risque d'intimidation de témoins ou de fabrication de preuves est sérieux.

49. On pourrait croire que ces procureurs de la couronne de Montréal, de Toronto et de Vancouver qui ne dévoilent pas l'identité de leurs témoins croient qu'il est suffisant de renseigner la défense sur le contenu du témoignage que ces témoins ont à offrir. S'ils refusent donc de dévoiler leur identité, sont-ils prêts à remettre à la défense copie des déclarations qu'ils ont faites à la police? Même s'ils agissaient de la sorte, la défense pourrait toujours être insuffisamment renseignée puisque les déclarations sont parfois incomplètes et nécessitent un examen plus approfondi. De toute façon, les réponses au questionnaire démontrent que les procureurs de la couronne ne sont guère plus généreux avec les déclarations de leurs témoins qu'avec leur identité. Lorsqu'on leur demandait s'ils avaient l'habitude de dévoiler à la défense avant le procès les déclarations ou les témoignages anticipés des témoins, ces procureurs de la couronne répondaient comme suit:

		Communique	*Ne communique pas*	*Aucune pratique déterminée*
Les déclarations signées des témoins que la couronne a l'intention de faire entendre au procès	(Vancouver)	7	5	4
	(Toronto)	6	7	8
	(Montréal)	1	7	1
Les déclarations signées des témoins que la couronne n'a pas l'intention de faire entendre au procès	(Vancouver)	3	7	6
	(Toronto)	5	6	10
	(Montréal)	0	8	1
La substance ou le résumé des témoignages anticipés des témoins que la couronne a l'intention de faire entendre au procès	(Vancouver)	6	0	0
	(Toronto)	17	1	3
	(Montréal)	2	4	3
La substance ou le résumé des déclarations faites par les témoins que la couronne n'a pas l'intention de faire entendre au procès	(Vancouver)	5	3	8
	(Toronto)	7	3	11
	(Montréal)	1	5	3

50. Ces données illustrent clairement que le nombre de procureurs de la couronne qui dévoilent habituellement les déclarations de leurs témoins est inférieur à ceux qui dévoilent leur identité. Le partage entre ceux qui dévoilent les déclarations des témoins et ceux qui dévoilent leur adresse est sensiblement le même. C'est donc dire que la défense n'est guère mieux renseignée à l'égard de leur identité; d'ailleurs, l'un ne saurait aller sans l'autre.

51. La réponse à une autre question qui fut posée aux procureurs de la couronne indique à quel point il est illusoire de fonder un système de communication de la preuve sur leur seul pouvoir discrétionnaire. Les réponses à cette question font clairement la part entre le mythe et la réalité en démontrant qu'on ne saurait remplacer une règle de droit formelle par des règles d'éthique. Cette question était la suivante: «Communiquez-vous habituellement à la défense des renseignements, de quelque nature qu'ils soient, inutiles à la poursuite mais qui pourraient s'avérer utiles à la défense?» Et les réponses se partagent comme suit:

	Communique	*Ne communique pas*	*Aucune pratique déterminée*
Vancouver	7	2	7
Toronto	11	3	6
Montréal	1	4	4

52. Il faut reconnaître que la majorité des procureurs de la couronne de Toronto dévoilent habituellement les éléments de preuve qui pourraient être utiles à la défense. Mais ce n'est pas le cas pour la majorité des procureurs de Montréal et de Vancouver. Ou ils ne dévoilent habituellement pas ces renseignements, ou encore ils n'ont aucune pratique déterminée à cet égard. Quelles raisons valables peuvent-ils avoir pour agir de la sorte? Ne sont-ils pas des officiers de justice? N'ont-ils pas l'obligation de présenter toute la preuve, qu'elle soit ou non favorable à l'accusé? Se méfient-ils de l'authenticité de ces éléments de preuve, ou croient-ils qu'ils seront de toute façon inadmissibles lors du procès? Pourquoi alors ne pas laisser à l'avocat de la défense et au tribunal, advenant le cas où la défense déciderait d'utiliser ces renseignements, le soin de trancher ces questions?

53. En conclusion, bien que l'importance de la communication de la preuve dans le processus pénal ne fasse aucun doute, il n'en demeure pas moins qu'il n'existe à cet égard aucun système bien structuré, ni au niveau des règles de droit formelles, ni au niveau de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la couronne. De plus, cette brève discussion a voulu démontrer que, toute valable qu'elle soit, l'imposition aux procureurs de la couronne de l'obligation morale d'agir de façon équitable et honorable ne saurait suppléer à l'absence de règles de droit impératives.

V

Les principes généraux applicables à la mise sur pied d'un système de communication de la preuve

54. Après avoir ainsi traité de l'importance de la communication de la preuve au sein du processus pénal et avoir démontré que, dans l'ensemble, celle-ci est à peu près inexistante, nous pouvons maintenant discuter de la forme qu'une telle procédure devrait revêtir. Nous nous contenterons ici d'exprimer des principes généraux et de tracer les grandes lignes d'un système de communication de la preuve. Nous développerons ultérieurement plus en détail un modèle de procédure qui puisse satisfaire ces principes généraux et s'inscrire dans les grandes lignes du système.

(*a*) *Un système formel*

55. Nous sommes tout d'abord d'avis que la procédure pénale canadienne devrait comprendre des règles formelles et être modifiée de façon à permettre la communication de la preuve de la couronne aux accusés et ce, avant que ceux-ci ne soient appelés à enregistrer un plaidoyer et avant leur procès, s'ils plaident non coupable. Ces règles devraient non seulement exprimer de façon générale le droit de la défense d'obtenir communication de la preuve dans les causes criminelles, mais devraient aussi définir avec précision les renseignements qui devraient lui être communiqués, et la forme sous laquelle cette communication devrait s'opérer. Ces règles devraient également préciser, comme c'est le cas en matière civile, le rôle et les pouvoirs que devraient exercer les tribunaux à cet égard, de façon à garantir que les droits de la défense puissent être effectivement exercés. On pourra ainsi mettre sur pied un système procédural qui assurera des pratiques uniformes en matière de communication de la preuve dans toutes les causes criminelles.

56. Cette idée d'établir des règles formelles de communication de la preuve n'est pas nouvelle. Ces dernières années, de nombreuses études menées aux États-Unis ont conclu à l'adoption de règles procédurales formelles en la matière, lesquelles ont été proposées ou adoptées dans le droit criminel de nombreux États aussi bien qu'en droit criminel fédéral. Les règles de procédure qui furent adoptées aux États-Unis ou qui sont encore à l'état de projet comportent certaines variantes. Elles font l'objet

d'une étude plus approfondie dans l'étude préliminaire de la Section de Recherche sur la Procédure Pénale portant sur la communication de la preuve en matière pénale. En dépit de leurs différences, tous ces systèmes reconnaissent que la communication de la preuve ne doit pas être laissée à la seule discrétion du procureur de la poursuite. Ils démontrent qu'il est possible de formuler des règles et des procédures simples et claires, applicables à toutes les infractions, et qui savent tenir compte des risques d'intimidation de témoins ou de fabrication de preuves. Ces systèmes étrangers montrent également que l'adoption de règles formelles n'ajoute pas outre mesure au fardeau que représente déjà pour les procureurs de la couronne et les tribunaux la phase préalable au procès. L'adoption de ces mesures contribue plutôt à réduire le temps qu'ils doivent consacrer au procès, en ayant pour effet d'accroître le taux de plaidoyers de culpabilité, et en permettant que soient mieux définies les questions litigieuses dans les causes contestées.

(b) Les renseignements et matières à divulguer

57. Avant que l'accusé ne soit invité à enregistrer un plaidoyer, des règles formelles devraient lui reconnaître le droit de recevoir suffisamment d'information pour pouvoir évaluer la nature et la valeur de la preuve à charge et comprendre les conséquences d'un plaidoyer de culpabilité ou de non-culpabilité. Ces règles de droit ne rendront pas plus difficile pour le procureur de la couronne la tâche de préparer sa cause pour le procès. Les renseignements qu'il devrait communiquer à l'accusé sont des renseignements qu'il possède, ou devrait posséder, dans chaque cause; en pratique d'ailleurs, ce sont là des renseignements dont la couronne fait habituellement part au tribunal si l'accusé plaide coupable. Ceci comprend la lecture de l'acte d'accusation, un résumé des faits de la cause et le choix par la couronne, s'il y a lieu, de procéder sommairement ou par acte d'accusation. En plus de ces renseignements, la couronne devrait informer l'accusé de son droit de plaider non coupable et de consulter un avocat, et lui indiquer globalement les procédures qui font suite aux plaidoyers de culpabilité et de non-culpabilité. Elle devrait également attirer son attention sur la peine minimale ou maximale prévue dans l'espèce. Cette règle n'entraîne qu'un seul véritable changement procédural, soit la divulgation à l'accusé de ces renseignements avant qu'il ne plaide. Techniquement parlant, il serait aisé pour ce faire de rédiger une formule type que le procureur de la couronne pourrait facilement remplir dans chaque cas.

58. Cette procédure de communication de la preuve avant plaidoyer s'appliquerait de la même façon aux causes qui seront détournées du processus pénal proprement dit. Nous avons déjà fait état des diverses solutions de rechange qui pourraient être mises sur pied pour disposer de

certaines accusations criminelles. Cependant, ces différents programmes exigent la participation volontaire de l'accusé avant que les accusations portées contre lui puissent être retirées. De la même façon que l'accusé devrait être renseigné sur la nature des accusations portées contre lui avant de plaider coupable ou non coupable au sein du processus traditionnel, de la même façon les accusés à qui on veut offrir le choix de participer à un programme de réorientation devraient être parfaitement renseignés, de façon à pouvoir exprimer librement leur décision. C'est donc dire que les mêmes renseignements devraient être communiqués à tous les accusés; ce n'est qu'alors qu'ils pourraient être appelés à admettre ou à contester leur responsabilité, après quoi ils pourraient choisir de participer à un programme de réorientation.

59. Ce mécanisme de communication de la preuve avant le plaidoyer devrait ensuite être élaboré plus à fond pour s'appliquer aux causes où l'accusé plaide non coupable. Évidemment un accusé peut toujours plaider coupable à n'importe quel moment, ou retirer son plaidoyer de non-culpabilité pour plaider coupable. Mais si l'on se rapporte encore une fois aux objectifs fondamentaux du processus pénal, on doit conclure qu'un plaidoyer de non-culpabilité devrait donner à l'accusé le droit de recevoir entière communication de la preuve de la couronne. S'il décide de contester l'accusation, il doit pouvoir évaluer cette preuve, préparer ses moyens de défense, ou tout au moins procéder à une enquête qui puisse mener à l'un ou l'autre résultat. Ainsi s'il est suffisant, avant le plaidoyer, de remettre à l'accusé un résumé des faits de la cause, cela n'est plus suffisant après qu'il a plaidé non coupable, puisque alors la communication de la preuve est destinée à lui permettre de se préparer adéquatement pour le procès. A ce niveau, donc, une procédure formelle devrait exiger que soient communiqués à l'accusé les noms, adresses et déclarations des témoins, et que copie lui soit remise de toute déclaration orale ou écrite qu'il aurait faite à la police, y compris une description des circonstances entourant chacune de ces déclarations. Les règles de procédure devraient également exiger que la couronne informe la défense de l'identité de toute personne ayant fourni des renseignements à la police en rapport avec la cause et qu'elle n'entend pas citer comme témoin au procès. En fait la règle de droit devrait imposer à la poursuite de dévoiler à la défense tout renseignement relatif à la cause, de quelque nature qu'il soit, sauf bien sûr ce qui est protégé par le droit au secret, et sous réserve des cas où il existe un danger réel que cette divulgation ne donne lieu à la subornation des témoins. Mais même dans un tel cas, il est possible de prévoir un mécanisme qui permette une forme contrôlée de communication de la preuve; on pourrait par exemple exiger que l'interrogatoire des témoins par la défense se fasse en présence du procureur de la couronne, ou encore permettre que ces témoins fassent une déposition officielle et sous serment avant le procès.

(*c*) *Les procédures de communication de la preuve*

60. Un système formel de communication de la preuve devrait non seulement définir précisément ce qui doit être communiqué à l'accusé avant qu'il ne plaide ou avant qu'il ne subisse son procès, mais prévoir aussi les procédures par lesquelles une telle communication devrait s'effectuer. En ce qui a trait à la communication de la preuve avant le plaidoyer, il serait suffisant de stipuler qu'un accusé ne pourrait ni enregistrer son plaidoyer ni choisir de participer à un programme de réorientation, avant qu'une formule contenant tous les renseignements auxquels il a droit ne lui ait été remise. Quant à la communication de la preuve avant le procès il faudrait prévoir de nouvelles procédures, désignant le temps et le lieu où elle devrait avoir lieu et permettant que tout litige y afférent soit rapidement résolu. On pourrait ainsi exiger que les procureurs de la couronne et de la défense se réunissent à une date fixée par la cour, et que la couronne procède, lors de cette réunion, à la divulgation de sa preuve. Dans un deuxième temps, il faudrait aussi prévoir une audition judiciaire où la cour pourrait réviser tout litige issu de cette réunion. Les parties pourraient alors remettre à la cour une liste de contrôle qui contiendrait les renseignements divulgués en conformité avec la loi et, s'il y a lieu, les questions litigieuses, par exemple le refus de la couronne de divulguer certains renseignements au titre du secret d'État ou pour toute autre raison. Il faudrait sûrement créer d'autres procédures, par exemple pour investir le juge siégeant à l'audition préalable du pouvoir d'entendre certains témoins dont la couronne a le droit de taire l'identité, ou encore pour permettre à ce juge d'ordonner, dans certains cas, l'interrogatoire d'un témoin par la défense. Peut-être faudrait-il aussi prévoir une procédure de révision des décisions rendues au cours de cette audition préalable. Quoi qu'il en soit, ces mesures ne seraient qu'accessoires aux deux principales procédures avant procès, soit la réunion des procureurs et l'audition préalable.

(*d*) *L'abolition de l'enquête préliminaire*

61. Toutefois, d'autres changements devraient être apportés aux procédures préalables au procès telles que nous les connaissons présentement. Si l'on instaure un système procédural qui permette la communication de la preuve de la couronne à la défense dans toutes les causes criminelles, il n'est plus nécessaire de conserver l'enquête préliminaire par surcroît, et elle devrait en conséquence être abolie. Indépendamment d'un tel changement, certains peuvent douter de sa véritable utilité. Cette procédure, dont la fonction principale consiste à vérifier judiciairement si les accusations portées par la couronne paraissent bien fondées, n'est pourtant disponible que dans environ 5 pour cent de toutes les causes criminelles, et même là, la couronne peut y passer outre si elle procède par acte d'accu-

sation privilégié. Dans près de 95 pour cent des causes, donc, le bien-fondé des accusations portées par la couronne ne sera déterminé qu'au procès. A l'heure actuelle, cependant, l'enquête préliminaire a pour autre utilité de permettre à la défense de prendre connaissance de la preuve de la couronne, bien qu'il s'agisse là d'une façon assez coûteuse et encombrante d'atteindre cet objectif. C'est pour cette raison que le fait de l'abolir, sans la remplacer par une procédure de communication de la preuve, constituerait un changement par trop radical. En instaurant la communication de la preuve et en l'appliquant à toutes les causes criminelles on justifie, on rend même obligatoire l'abolition de l'enquête préliminaire, puisque la coexistence des deux procédures ferait double emploi.

62. Une fois l'enquête préliminaire abolie, il reste encore à décider de la nécessité de conserver une procédure quelconque qui permette de vérifier si les accusations portées par la couronne paraissent suffisamment bien fondées pour justifier la tenue d'un procès. C'était là, originairement, la fonction que devait remplir l'enquête préliminaire; celle-ci fut instituée en Angleterre en réponse au mécontentement auquel donnait lieu le système de cautionnement administré par les juges de paix. Cette fonction première de l'enquête préliminaire a beaucoup perdu de son importance, à cause du développement des forces policières modernes et du professionnalisme dont font preuve les procureurs de la couronne. Comme ceux-ci se chargent de réviser les accusations portées par la police, la plupart des causes sont suffisamment étayées par la preuve pour exiger la tenue d'un procès. Dans les quelques cas, cependant, où la preuve est manifestement insuffisante, n'est-il pas désirable de disposer d'une procédure qui permette la libération de l'accusé avant la tenue d'un procès? D'ailleurs pourquoi cette procédure de révision préalable ne serait-elle pas disponible pour toutes les infractions, et non pas uniquement pour les quelques causes entendues devant juge seul ou juge et jury, comme l'est actuellement l'enquête préliminaire? Il ne serait pas nécessaire de la rendre obligatoire, ni même d'exiger qu'elle ait lieu à moins que l'accusé n'y renonce. Au contraire, il serait suffisant de permettre à la défense, après avoir pris connaissance de la preuve que détient la couronne, d'alléguer par requête que cette preuve ne démontre pas, *prima facie*, la culpabilité de l'accusé. Une telle requête devrait être consignée par écrit et exposer spécifiquement les motifs sur lesquels elle se fonde. La défense pourrait aussi produire, au soutien de sa requête, les éléments de preuve que la couronne lui aurait préalablement divulgués. Cette procédure serait analogue à la requête civile en rejet d'action, laquelle conclut au rejet d'une action manifestement frivole ou purement vexatoire. Comme en matière civile, cette procédure serait l'exception plutôt que la règle, puisque la plupart des poursuites pénales paraissent fondées; de telles requêtes auraient donc très peu de chances de réussir. Il faut pourtant tenir compte des cas exceptionnels,

d'autant plus que l'on peut les régler facilement par une procédure simple et expéditive, soit une requête adressée au tribunal à la fin de l'audition préalable.

(e) Le problème de la communication de la preuve de la défense à la couronne

63. Nous avons traité jusqu'ici d'un système procédural qui permettrait la communication de la preuve de la couronne à la défense. Il nous reste maintenant à considérer l'inverse, soit la communication de la preuve de la défense à la couronne avant le procès. La couronne ne devrait-elle pas elle aussi être renseignée à l'avance sur la teneur de la preuve de la défense? N'est-ce pas là la seule façon de respecter le fondement même du système accusatoire selon lequel «chaque partie s'efforçant de présenter sa propre thèse et de contredire celle de son adversaire, cet affrontement fait ressortir toute la preuve pertinente qui est disponible»[6]? En d'autres termes, la communication de la preuve en matière criminelle ne devrait-elle pas être une voie à deux sens?

64. Un système idéal de communication de la preuve devrait, comme c'est le cas en matière civile, comporter des règles d'application réciproque. Cependant, en raison des principes dont nous avons déjà traité, nous sommes d'avis que la communication de la preuve en matière criminelle ne doit pas être obligatoirement une voie à deux sens. Nous comptons, bien sûr, que dans le cadre d'un système procédural très ouvert où la couronne dévoile largement ses éléments de preuve, la défense réagira en conséquence et sera prête à admettre ce qu'elle n'entend pas contester, aussi bien qu'à divulguer certains renseignements à la couronne. Mais il serait contraire aux principes fondamentaux de notre système de droit de vouloir contraindre la défense à agir de la sorte.

65. Il ne faudrait pas croire pour autant que dorénavant, les accusés seront entièrement libres de prendre la couronne par surprise au procès et d'empêcher ainsi le processus pénal d'atteindre son objectif. En premier lieu on doit reconnaître que dans la préparation du procès, les procureurs de la couronne n'ont guère besoin d'obtenir communication de la preuve de la défense, et il est parfaitement normal qu'il en soit ainsi. Les ressources humaines et matérielles dont disposent les corps policiers qui procèdent aux enquêtes, leurs pouvoirs en matière de perquisitions et de saisies, leur droit d'interroger des suspects et de faire usage de laboratoires scientifiques, n'ont aucune commune mesure avec les moyens dont dispose la défense pour faire enquête. Tout cela n'a rien d'étonnant puisque notre système de droit impose à la couronne, et non à la défense, le fardeau de faire la preuve des accusations qu'elle porte. Pour pouvoir s'acquitter de ce devoir, la couronne doit être en mesure d'enquêter à fond et de se pré-

[6] Voir ci-dessus, note 4.

parer adéquatement pour le procès. Cependant, la nature même de ces méthodes d'enquête et de préparation permettra à la couronne de prendre connaissance des moyens de défense et des éléments de preuve que l'accusé voudra soulever au procès. Cette affirmation n'est pas que théorique; elle est confirmée par la pratique actuelle. En réponse aux questionnaires que nous leur avons distribués, la grande majorité des procureurs de la couronne ont reconnu qu'ils étaient habituellement en mesure de prévoir les moyens de défense qui seront invoqués au procès et de se préparer en conséquence, à l'aide des seuls renseignements contenus dans le dossier de la poursuite.

66. En second lieu, il faut le reconnaître, dans les cas où la couronne voudrait que la défense lui divulgue sa preuve, la défense a souvent elle-même intérêt à agir de la sorte. La mise sur pied d'un système de communication de la preuve en faveur de l'accusé devrait l'inciter davantage à dévoiler sa preuve à l'avance. Dans plusieurs cas, un ajournement permettra à la couronne de faire enquête sur un élément de preuve qui la prend par surprise et de le réfuter.

Qui plus est, le simple fait que les tribunaux accordent des ajournements dans ces circonstances sera suffisant pour encourager la défense à prévenir la couronne des éléments de preuve qu'elle voudra offrir au cour du procès. De la même façon, le fait qu'un élément de preuve soit révélé tardivement risque d'en affecter la force probante, et cela suffira souvent à inciter la défense à dévoiler cet élément de preuve à l'avance. C'est entre autres le cas de l'alibi, de toute explication offerte par l'accusé trouvé en possession de biens volés et, en général, de toute preuve testimoniale, lorsqu'il aurait été raisonnable de s'attendre à ce qu'elle soit révélée plus tôt. Nul doute qu'il existe des distinctions entre les règles de preuve particulières qui se rapportent à l'alibi ou au recel, et les règles générales qui permettent à toute partie de vérifier la crédibilité de chaque témoin, y compris l'accusé s'il décide de témoigner.

67. En plus de ces règles déjà existantes, l'instauration d'un système formel de communication de la preuve en faveur de l'accusé devrait inciter ce dernier à dévoiler ses moyens de défense à la couronne avant le procès. L'audition préalable dont nous préconisons la tenue servirait à vérifier si la couronne a bien dévoilé tous les éléments de preuve qu'elle doit communiquer à la défense avant le procès. Elle offrirait aussi à la défense l'occasion de dévoiler ses moyens de défense et de faire certaines admissions. Le juge présidant à cette audition pourrait demander à l'avocat de la défense s'il désire divulguer certains éléments de sa preuve ou admettre certains faits qu'il n'entend pas contester, de façon à éviter que des témoins soient inutilement cités à comparaître au procès. La défense acquiescera souvent à de telles demandes, bien qu'elle n'y soit pas contrainte et que le droit actuel permette à la couronne d'ignorer les admis-

sions faites par la défense et, lors du procès, de faire la preuve des faits qui ont fait l'objet de ces admissions. En effet, après avoir obtenu communication de la preuve de la couronne plusieurs avocats de la défense préféreront, à l'instar des procureurs de la couronne, épargner du temps et des frais inutiles, et ils voudront réduire le débat aux questions vraiment litigieuses. De leur côté, les juges de première instance et les jurés ne tarderont pas à prendre connaissance de l'existence de ces nouvelles règles de procédure qui obligent la couronne à dévoiler toute sa preuve et offrent à la défense l'occasion d'agir de la même façon. Ils seront alors plus sceptiques vis-à-vis d'un moyen de défense qui n'a pas été révélé à la couronne avant le procès. Cette perspective devrait inciter d'autant plus la défense à dévoiler sa preuve à l'avance. Enfin l'existence même d'une procédure de communication de la preuve offerte à tous les accusés, quelle que soit la nature de la cause, devrait suffire à encourager la défense à agir de la sorte. L'atmosphère de franchise créée par l'attitude des procureurs de la couronne provoquera chez les avocats de la défense une franchise réciproque, tout comme les politiques restrictives présentement suivies par un grand nombre de procureurs de la couronne à travers le pays tendent à inciter la défense à cacher son jeu jusqu'au moment du procès.

68. En résumé, la Commission est d'avis qu'il est nécessaire d'inviter la défense à admettre les faits non litigieux et à dévoiler volontairement ses élements de preuve à la couronne avant le procès. La Commission est par ailleurs opposée à l'idée que des règles formelles viennent contraindre la défense à faire de même. Nous croyons que de telles mesures iraient à l'encontre des principes fondamentaux de notre système de justice pénale.

(f) La portée du système de communication de la preuve

69. Nous devons, en dernier lieu, traiter de la portée que devrait avoir un système formel de communication de la preuve. Nous avons déjà énoncé les principes sous-jacents à ce système et décrit la procédure qui pourrait le régir. Tout au cours de cette discussion, nous avons insisté sur le fait qu'il existe un besoin réel de communication de la preuve dans toutes les causes criminelles. Mais que faut-il entendre par là? L'accusé pourrait-il renoncer à se prévaloir de cette procédure? Celle-ci est-elle conçue pour s'appliquer aux infractions mineures aussi bien qu'aux crimes graves? Et que dire des infractions réglementaires, tant celles de compétence fédérale que celles de compétence provinciale? Fait-on aussi allusion à ces infractions quant on dit que la communication de la preuve devrait être offerte «dans toutes les causes criminelles»?

70. En premier lieu, l'accusé pourrait-il renoncer à se prévaloir de la procédure de communication de la preuve? Notre système de droit lui permet de plaider coupable et de renoncer par là à tout le processus

judiciaire d'enquête que constitue un procès. Il semblerait donc parfaitement logique de lui permettre de renoncer à une partie seulement de ce processus, par exemple à l'une ou l'autre des procédures de communication de la preuve. De plus, ce serait sûrement aller trop loin que de vouloir contraindre les avocats de la défense à assister, dans tous les cas, à une réunion de procureurs ou à l'audition judiciaire destinée à vérifier si la couronne a bien rempli ses obligations. Il ne fait donc pas de doute que la défense peut renoncer aux procédures de communication de la preuve, surtout à la réunion des procureurs et à l'audition préalable. Il n'y a toutefois pas lieu d'exiger que le tribunal s'enquière, dans chaque cas, du choix de l'accusé de se prévaloir ou de renoncer aux procédures de communication de la preuve. Cela impliquerait, en effet, que ces procédures n'ont de valeur que pour l'accusé. Or nous avons tenté de démontrer, au cours de notre discussion, que l'importance de la communication de la preuve transcende l'unique intérêt de l'accusé et bonifie le système pénal lui-même, en donnant une justification nouvelle à la réception des plaidoyers de culpabilité et en permettant au modèle accusatoire d'atteindre ses objectifs. De plus, sur un plan administratif, il serait beaucoup plus aisé d'appliquer, ou tout au moins de rendre disponibles, les procédures de communication de la preuve dans tous les cas que de prévoir une procédure additionnelle pour déterminer si l'accusé désire y renoncer. Ceci est particulièrement vrai à l'égard de la communication de la preuve avant le plaidoyer puisqu'il suffit alors à la couronne de remettre à l'accusé, au tout début des procédures, une formule type à cet effet. Nous croyons donc que la couronne devrait dans tous les cas préparer et remettre cette formule à l'accusé, même si ce dernier devait ensuite renoncer à en faire usage. L'accusé devrait pouvoir aussi renoncer aux procédures de communication de la preuve avant le procès sans que la cour ait à intervenir. La situation serait alors analogue à la pratique actuelle relative à la renonciation par la défense à la tenue d'une enquête préliminaire.

71. La communication de la preuve, avons-nous dit, devrait être offerte «dans toutes les causes criminelles». Il faut par là comprendre que cette procédure devrait s'appliquer à toutes les infractions contenues dans le *Code criminel* et la Loi sur les stupéfiants, ainsi qu'aux infractions relatives aux drogues contrôlées et aux drogues d'usage restreint, telles que définies aux parties III et IV de la Loi des aliments et drogues. Nous n'entendons pas étendre les procédures de communication de la preuve aux infractions provinciales ni aux nombreuses infractions réglementaires contenues dans les lois fédérales. Il se peut qu'on décide un jour de le faire mais, pour l'instant, ce document de travail vise simplement à améliorer notre système de justice dans les causes que l'on rattache généralement au droit criminel traditionnel. Certains diront qu'une telle procédure ralentira inutilement le règlement des affaires pénales moins graves. Nous

croyons cependant qu'à l'heure actuelle toute condamnation pour une infraction criminelle, quelle qu'elle soit, comporte des conséquences sérieuses, puisque le droit actuel ne fait pas de distinction claire entre les différents degrés de gravité des infractions. La loi devrait énoncer les distinctions entre les infractions graves et les infractions mineures à l'intérieur d'un système de classification des infractions. Dans l'état actuel du droit la Commission ne voit pas de raison justifiant la restriction d'une procédure de communication de la preuve à certaines infractions. C'est pourquoi elle opte en faveur d'une procédure d'application générale. Toutefois il y a lieu de croire que dans les causes simples ne donnant pas lieu à une vive contestation, la communication de la preuve s'effectuera sans complications et que dans la plupart de ces causes, la communication de la preuve avant le plaidoyer suffira.

VI

Proposition de réforme

72. Il reste maintenant, en conclusion, à énoncer les dispositions précises nécessaires au fonctionnement d'un système formel de communication de la preuve. Nous avons traité, dans les trois premières parties de cette étude, des objectifs fondamentaux du processus pénal et des liens existant entre ces objectifs et la communication de la preuve. Dans la quatrième partie, nous avons tenté de définir le problème, soit l'absence, au Canada, d'un système uniforme de communication de la preuve. Enfin, dans la cinquième partie, nous avons esquissé les principes de base d'un tel système et même la forme générale qu'il devrait revêtir. Nous croyons opportun à ce stade-ci de définir les grandes lignes de la proposition de réforme. Il ne s'agit pas d'énoncer un projet de loi, mais uniquement de fixer des normes fondamentales qui pourraient éventuellement être insérées dans un texte de loi.

(*a*) *Description générale*

73. Telle que rédigée la proposition est le reflet fidèle des grands principes déjà énoncés, et elle se conforme à la politique générale que nous avons formulée pour l'implantation d'un système de communication de la preuve. Elle traite d'une façon particulière de ce qui doit faire l'objet d'une divulgation de la part de la couronne avant plaidoyer et avant procès, et elle prévoit la procédure régissant cette divulgation. Quant à la communication de la preuve avant plaidoyer, la proposition impose à la couronne l'obligation de remettre à l'accusé un écrit donnant tous les faits qu'elle entend présenter au tribunal dans l'éventualité d'un plaidoyer de culpabilité. Cet écrit devrait comporter l'accusation, décrire les circonstances entourant la perpétration de l'infraction, indiquer les peines prévues par la loi ainsi que l'identité et la substance du témoignage de toute personne que la couronne a l'intention de faire entendre dans l'éventualité d'un plaidoyer de culpabilité. Comme à l'heure actuelle, le rapport préparé par la police à l'intention du procureur de la couronne comporte tous ces renseignements, il serait très simple de l'adapter aux normes prévues pour la communication de la preuve avant plaidoyer.

74. A moins que l'accusé y renonce, les procédures de communication de la preuve devraient s'appliquer dans les cas où il plaide non coupable,

ou lorsque son procès doit se dérouler devant un juge seul ou une cour composée d'un juge et d'un jury. Essentiellement la procédure comporte deux étapes: d'abord une réunion entre le procureur de la couronne et l'avocat de la défense, et ensuite une audition judiciaire préalable au procès. Les parties devront s'entendre en présence du tribunal pour fixer la date de la réunion, après quoi la cour reportera l'audition préalable à une date ultérieure. Au cours de la réunion, la couronne communiquera à la défense les renseignements que la loi l'oblige à divulguer. Entre la réunion et l'audition préalable, la défense aura donc l'occasion de vérifier les renseignements qu'elle aura ainsi obtenus, et de compléter son enquête. A l'audition préalable, la cour s'assurera que la communication de la preuve s'est effectuée lors de la réunion des procureurs. Elle réglera tout différend qui a pu surgir lors de cette réunion et s'enquerra auprès des parties de la possibilité qu'elles fassent certaines admissions, de façon à accélérer le déroulement du procès. Enfin, elle fixera la date du procès.

75. La proposition confère au juge siégeant à l'audition préalable des pouvoirs qui sont accessoires à sa fonction la plus importante, qui consiste à réviser les procédures antérieures de communication de la preuve. En effet elle permet au juge d'entendre, au cours de l'audition préalable, tout témoin dont la couronne n'était pas tenue de révéler l'identité lors de la réunion des procureurs. Le juge pourrait aussi ordonner à un témoin de se rendre à un endroit précis pour y être interrogé par l'avocat de la défense, par exemple dans un cas où ce témoin aurait antérieurement refusé sans raison d'être interrogé. Le juge pourrait enfin libérer l'accusé à l'audition préalable si, à la lumière des faits communiqués à la défense par la couronne, il constatait une absence totale de preuve quant à l'un des éléments essentiels de l'accusation.

76. La proposition se divise en deux parties. La première partie expose les procédures de communication de la preuve avant plaidoyer et avant procès, et elle prévoit des sanctions pour défaut de s'y conformer. La deuxième partie énumère tout ce que la couronne doit divulguer à la défense, à l'une et l'autre étapes des procédures. Comme nous l'avons déjà mentionné, ces dispositions ne constituent pas un projet de loi. Elles veulent uniquement traduire de façon concrète les normes fondamentales sur lesquelles devrait reposer une procédure pénale canadienne renouvelée. Nous sommes conscients du fait que tant dans son aspect général que dans ses aspects plus particuliers, la proposition soulèvera de nombreuses questions, mais c'est avec plaisir que nous engagerons le dialogue. Ce document de travail vise précisément à susciter une discussion qui nous aidera grandement dans la formulation de notre rapport au Parlement. Il permet aussi de faire le point sur l'état de nos recherches. Avant de mettre en vigueur une procédure nouvelle de communication de la preuve, il importerait sûrement d'en faire l'essai et d'en perfectionner les rouages,

par exemple au moyen de projets-pilotes. De fait, plusieurs procureurs de la couronne se conforment déjà aux règles que nous avons suggérées. Il reste toutefois à instaurer un système uniforme de communication de la preuve pour toutes les causes criminelles, ce qui permettra d'atteindre les objectifs du processus pénal de façon cohérente et efficace.

(b) La proposition de communication de la preuve

1re PARTIE—LA PROCÉDURE DE COMMUNICATION DE LA PREUVE

Portée de la communication de la preuve

1. Une procédure formelle et uniforme de communication de la preuve devrait s'appliquer à toutes les causes criminelles.

Communication de la preuve avant plaidoyer

2. La couronne devrait remettre à l'accusé, avant ou au moment de sa comparution, une formule type de déclaration de communication de la preuve. La déclaration devrait contenir en substance les faits, les renseignements et tout ce que la couronne entend soumettre à la cour si l'accusé plaide coupable (on trouvera à la 2e partie le détail de ce qui doit être divulgué avant le plaidoyer).

Contestation de la validité du plaidoyer

3. La loi devrait permettre le retrait d'un plaidoyer de culpabilité à la demande de l'accusé si ce dernier a plaidé coupable sans avoir reçu la déclaration de communication de la preuve; si, l'accusé ayant plaidé coupable après avoir reçu cette déclaration, il s'avère que les renseignements présentés ensuite par la couronne à la cour ne concordent pas avec ceux que contient la déclaration et ce, au préjudice de l'accusé; ou enfin si les renseignements contenus dans la déclaration sont inexacts ou trompeurs et ont incité l'accusé à plaider coupable sans comprendre la nature et les conséquences de son plaidoyer.

Utilisation de la déclaration de communication de la preuve

4. La couronne ne devrait pas être liée par la déclaration de communication de la preuve si l'accusé décide de plaider non coupable. Il devrait alors être interdit à l'accusé d'utiliser la déclaration de communication de la preuve ou d'y faire référence lors de son procès.

Procédure à suivre en cas de plaidoyer de non-culpabilité

5. Si l'accusé plaide non coupable, la cour devrait inviter les représentants de la couronne et de la défense présents devant elle à s'entendre sur la date, l'heure et le lieu de la réunion des procureurs. C'est au cours de cette réunion que s'effectueraient les divulgations exigées par la loi (on trouvera à la 2e partie le détail de ce qui doit être divulgué lors de la réunion des procureurs).

Fixation de la date de la réunion des procureurs et de l'audition préalable

6. La cour devrait fixer une date pour la tenue d'une audition préalable, trois semaines après la date choisie par les parties pour la réunion des procureurs. Le délai de trois semaines constituerait la règle, mais il pourrait toutefois être réduit ou prolongé si cela convenait mieux aux parties et à la cour, ou si cela était préférable, compte tenu des circonstances de la cause et du laps de temps nécessaire pour procéder à la communication de la preuve et à la préparation du procès.

Procès-verbal de la réunion des procureurs

7. Au terme de la réunion des procureurs, le représentant de la couronne devrait rédiger un procès-verbal et y indiquer les éléments de preuve qu'il a divulgués à la défense, ceux qu'il a refusé de divulguer, et toute autre question réglée lors de la réunion. Le procès-verbal devrait être contresigné par le représentant de la défense présent à la réunion, et produit en cour au début de l'audition préalable.

Délai entre la réunion des procureurs et l'audition préalable

8. Au terme de la réunion des procureurs, les parties se rappelleraient que l'audition préalable est censée avoir lieu trois semaines plus tard. Pendant cette période de temps la défense pourrait, si elle le juge nécessaire, poursuivre son enquête au sujet des matières et renseignements divulgués par la couronne lors de la réunion des procureurs. Elle pourrait aussi interroger sans formalités les témoins dont elle connaît l'existence. Elle devrait enfin continuer de se préparer en vue du procès.

Audition préalable

9. L'audition préalable devrait être présidée par un juge dont les fonctions consisteraient à:

Fonctions du juge à l'audition préalable

(a) Vérifier si la communication de la preuve exigée par la loi est terminée et si les parties en sont satisfaites;

(b) Entendre et décider de tout litige portant sur la question de savoir si les exigences légales de communication de la preuve ont été ou devraient être remplies et, le cas échéant, rendre toute ordonnance appropriée pour s'assurer que ces exigences soient remplies;

(c) Décider des demandes de remise d'objets ou de documents aux fins d'épreuve ou d'examen;

(d) Entendre et décider des prétentions des parties quant à la forme de l'accusation, la réunion ou la séparation des chefs d'accusation ou des accusés, et la nécessité pour la couronne de fournir de plus amples détails de l'accusation;

(e) Une fois terminée l'étape de la communication de la preuve, explorer la possibilité que les parties admettent certains faits ou dévoilent d'autres renseignements, de façon à éviter la nécessité d'en faire la preuve au procès et à rendre celui-ci plus expéditif d'autant; entendre également, le cas échéant, les arguments de la défense quant à l'insuffisance de la preuve pour permettre de citer l'accusé à procès;

(f) Enregistrer tout nouveau choix fait par l'accusé quant au mode de procès ou à l'identité du tribunal, et fixer une date pour le procès.

Autres pouvoirs ou fonctions du juge lors de l'audition préalable

10. Dans certains cas, le juge siégeant à l'audition préalable pourrait entendre sous serment certains témoins, ou ordonner que certains témoins soient interrogés sous serment en présence d'une personne qualifiée. (On trouvera aux articles 11 et 12 le détail des circonstances qui peuvent amener le juge siégeant à l'audition préalable à exercer ces pouvoirs)

Procédure à suivre lorsque la couronne refuse de divulguer l'identité de témoins

11. La couronne devrait avoir le droit de refuser de dévoiler l'identité d'un témoin éventuel lorsqu'il est probable que ce témoin, ou d'autres personnes, puisse faire l'objet d'intimidations, de voies de fait, de menaces de voies de fait, de subornation ou de représailles économiques. Dans ce genre de situation, la couronne devrait informer la défense, au cours de la réunion des procureurs, qu'elle refuse de dévoiler l'identité de ce témoin et lui indiquer le nombre de témoins en cause. Le procureur de la couronne citerait ces témoins lors de l'audition préalable et les ferait témoigner sous serment. L'avocat de la défense devrait alors bénéficier d'un délai raisonnable pour préparer son contre-interrogatoire. Une fois terminé l'interrogatoire du témoin, le juge siégeant à l'audition préalable devrait ordonner à celui-ci de se présenter lors du procès.

Si, pour des raisons indépendantes de la volonté de la police ou de la couronne, le témoin ne se présentait pas au procès, les parties admissibles de la transcription de son témoignage rendu à l'audition préalable, seraient recevables en preuve lors du procès. Si le témoin comparaissait au procès mais modifiait son témoignage, la transcription de sa déposition antérieure, recueillie au cour de l'audition préalable, pourrait être utilisée par l'une ou l'autre partie pour le contredire.

Requête de la défense pour interrogatoire sous serment d'un témoin avant le procès

12. Au cours de l'audition préalable, la défense devrait pouvoir demander au juge d'user de son pouvoir discrétionnaire pour ordonner à des témoins éventuels, dont l'identité a été révélée lors de la réunion des procureurs, de se présenter devant une personne habilitée à recevoir sous serment la déposition de témoins.

Le juge devrait normalement accéder à ce genre de requête afin de faciliter la préparation du procès, dans les cas où:

(a) Il serait raisonnable de pourvoir à l'interrogatoire sous serment d'un témoin essentiel. On peut citer à titre d'exemple le témoin susceptible d'identifier l'accusé dans une cause de meurtre où la question d'identification est en litige;

(b) La défense serait malavisée d'interroger le témoin, par exemple la victime d'une infraction d'ordre sexuel, sauf dans le cadre d'un examen où seraient protégés les intérêts de toutes les parties en cause;

(c) Un témoin a, sans raison, refusé de se soumettre à une entrevue sans formalités ou de répondre à des questions pertinentes au cours d'une entrevue. Le caractère raisonnable ou déraisonnable d'un refus est fonction du moment, de l'endroit et des circonstances entourant la demande d'une entrevue et l'entrevue elle-même.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge devrait être admis à étudier les déclarations antérieures de ces témoins éventuels dont la défense a pu recevoir copie, et à prendre en considération tout renseignement fourni par l'une ou l'autre partie relativement au comportement de la défense au cours des entrevues sans formalités avec les témoins.

Le but de l'interrogatoire préalable au procès étant de faciliter la communication de la preuve, la défense devrait être autorisée à poser au témoin des questions suggestives. Cependant, contrairement aux cas où un témoin dépose à l'audition préalable parce que la couronne a refusé de dévoiler plus tôt son identité, la transcription d'un témoignage rendu aux termes de la présente procédure serait inadmissible au procès, sauf dans la mesure où elle peut être recevable en vertu de l'article 643 du *Code criminel* ou être utilisée pour contre-interroger le témoin lors du procès.

13. La mise en vigueur de cette proposition entraînerait la disparition de l'enquête préliminaire telle que nous la connaissons présentement. Une fois terminée l'audition préalable, la citation à procès se ferait de façon automatique, sous réserve de la règle suivante:

Contestation de la citation à procès

A la fin de l'audition préalable, la défense devrait être autorisée à présenter une requête alléguant qu'il n'y a pas de preuve capable de justifier la citation de l'accusé à son procès. La requête devrait préciser en quoi consiste l'absence de preuve et sur quoi elle porte.

En étudiant le mérite de cette requête, le juge devrait prendre en considération tous les renseignements pertinents qui sont disponibles, et il devrait aussi entendre les parties. S'il existe clairement une absence totale de preuve quant à l'un des éléments essentiels de l'infraction, le juge devrait libérer l'accusé ou le citer à procès sur toute infraction moindre et incluse révélée par les renseignements dont il dispose. Dans tous les autres cas, le juge devrait simplement citer l'accusé à procès. Si la défense continuait de soutenir que la preuve est insuffisante, elle devrait être en mesure de faire porter la cause au rôle par préférence. Le tribunal ne devrait être autorisé à citer l'accusé à son procès que sur l'infraction alléguée dans la dénonciation, ou sur les infractions moindres et incluses.

14. La loi devrait exiger que le tribunal de première instance déclare irrecevable tout élément de preuve ou tout témoignage que la couronne n'a pas divulgué au préalable à la défense ou qu'elle ne lui a pas permis d'examiner ou de reproduire conformément à la loi, à moins qu'elle ne fournisse une explication valable justifiant son défaut de se conformer à ces exigences. Dans cette dernière hypothèse, la défense devrait être autorisée à obtenir un ajournement pour examiner ou reproduire des éléments de preuve, ou obtenir communication de ce à quoi elle a légalement droit. Si elle le désire, elle devrait avoir le droit de reporter son contre-interrogatoire relativement aux éléments de preuve qui ne lui ont pas été divulgués antérieurement.

Sanctions

Si en tout temps avant ou pendant le procès, on lui signale que la couronne a omis, volontairement ou par négligence, de se conformer aux règles ou aux ordonnances relatives à la communication de la preuve, la cour devrait exiger que

la couronne donne communication de tout ce qui n'a pas été divulgué à la défense. Elle devrait aussi accorder un ajournement et prendre toute autre mesure qu'elle juge appropriée dans les circonstances.

De plus, la cour devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de rejeter les accusations portées contre l'accusé si la couronne, volontairement ou par négligence, a détruit des éléments de preuve dont la loi exige la communication à l'accusé ou si, pour une raison ou pour une autre, elle ne les met pas à sa disposition.

Obligation continue de donner communication de la preuve

15. Si, après s'être conformée aux exigences des règles de communication de la preuve, la couronne découvrait d'autres éléments de preuve qu'elle devrait normalement divulguer à l'accusé, elle devrait en aviser sans délai l'autre partie ou son avocat. Si ces éléments additionnels étaient découverts au cours du procès, le procureur de la couronne devrait également en avertir la cour, et cette dernière devrait rendre les ordonnances appropriées pour s'assurer que la défense obtienne toute la divulgation à laquelle elle aurait normalement droit.

2e PARTIE—RENSEIGNEMENTS ET AUTRES ÉLÉMENTS À DIVULGUER

Devoir de la couronne d'obtenir les renseignements pertinents

1. Le procureur de la couronne devrait s'assurer que tous les renseignements obtenus par les divers organismes d'enquête sont acheminés régulièrement vers son bureau, de telle façon que soient mis en sa possession ou sous son contrôle tous les documents et renseignements qui concernent l'accusé et les accusations portées contre lui, ou dont la loi lui impose la divulgation à la défense.

Renseignements et autres éléments divulgués avant le plaidoyer

2. Voici ce que devrait contenir la déclaration de communication de la preuve avant plaidoyer:

(a) Les accusations portées contre l'accusé, telles qu'énoncées dans la dénonciation;

(b) L'exposé des faits relativement à chacun des chefs d'accusation dont le procureur de la couronne entend donner lecture à la cour ou qu'il compte soumettre à cette dernière si l'accusé plaide coupable;

(c) Le cas échéant, l'identité des témoins que le procureur de la couronne se propose de faire entendre au soutien de son exposé des faits, si l'accusé plaide coupable;

(d) La décision de la couronne de procéder par voie de condamnation sommaire ou de mise en accusation, lorsque la couronne est autorisée par la loi à faire ce choix;

(e) La peine maximale prévue pour chacun des chefs d'accusation, si l'accusé est déclaré coupable;

(f) Le cas échéant, la peine minimale prévue pour chacun des chefs d'accusation, si l'accusé est déclaré coupable;

(g) Une déclaration du droit de l'accusé de consulter un avocat avant d'enregistrer son plaidoyer;

(h) Une déclaration du droit de l'accusé de plaider non coupable;

(i) Un exposé de la procédure à suivre advenant le cas où l'accusé plaiderait coupable. Voici en quoi consisterait la procédure: on lirait ou l'on présenterait à la cour un exposé des faits; on demanderait à l'accusé si les faits

sont exacts quant au fond; l'accusé pourrait signaler à la cour tout fait ou renseignement qu'il conteste, et contre-interroger n'importe quel témoin cité par le procureur de la couronne; l'accusé pourrait, lui-même ou par l'entremise de son avocat, faire des représentations quant à la sentence et faire entendre des témoins à ce sujet;

(j) Voici ce qu'il faudrait joindre à la déclaration de communication de la preuve: des copies de tous les documents écrits, dont le casier judiciaire de l'accusé, les déclarations, confessions ou aveux écrits de l'accusé ou de toute autre personne auxquels le procureur de la couronne entend se référer si l'accusé plaide coupable, soit relativement à la culpabilité, soit relativement à la sentence; enfin une brève description des pièces à conviction que le procureur de la couronne se propose de produire devant la cour, si l'accusé plaide coupable.

Renseignements et autres éléments à divulguer si l'accusé plaide non coupable ou doit être jugé par un tribunal supérieur

3. Dans la mesure où ils n'ont pas déjà été communiqués à la défense avant le plaidoyer la couronne devrait, au cours de la réunion des procureurs, être tenue de communiquer à la défense, ou de lui permettre d'examiner et de reproduire, selon ce qui convient le mieux, les renseignements suivants:

Le tout est sous réserve des dispositions énumérant les renseignements et autres éléments qui ne sont pas sujets à être divulgués (voir l'article 5, ci-après)

(a) Les nom, adresse et occupation de chacun des témoins que la couronne entend faire comparaître, ainsi que toute déclaration écrite, verbale ou enregistrée faite par ces témoins devant les responsables de l'enquête ou la couronne, ou leurs représentants;

(b) Les nom, adresse et occupation de toute autre personne ayant fourni des renseignements aux responsables de l'enquête ou à la couronne, ou à leurs représentants, relativement à l'un ou l'autre des divers chefs d'accusation, que ces renseignements soient ou non considérés comme pertinents ou admissibles en preuve au procès;

Lorsque les déclarations mentionnées aux alinéas (a) et (b) n'existent pas, la défense devrait se voir remettre un résumé du témoignage anticipé des témoins qui seront cités au procès, de même qu'un résumé des renseigne-

ments fournis par les personnes que la couronne n'a pas l'intention de faire entendre au procès, ainsi qu'une indication de la façon dont les renseignements contenus dans chaque résumé ont été obtenus et colligés;

(c) Le casier judiciaire des personnes dont les noms sont fournis à la défense conformément aux alinéas (a) et (b), ainsi que celui de l'accusé;

(d) Toute déclaration écrite, enregistrée ou orale faite par l'accusé ou le coaccusé, que la couronne désire ou non l'utiliser ou la produire lors du procès, de même qu'une description exacte des circonstances entourant la rédaction, l'audition ou l'enregistrement de chacune des dépositions, l'identification des personnes qui ont participé à la prise de déposition et l'indication des déclarations que la couronne compte produire lors du procès;

«Déclaration» devrait comprendre le défaut de faire une déclaration, quand cela peut servir de quelque façon à étayer la preuve principale de la couronne.

(e) Sous réserve des dispositions énumérant les éléments qui ne sont pas sujets à la divulgation (voir l'article 5 ci-après), tous les livres, documents, pièces d'identité, photographies, enregistrements ou tout autre objet tangible: (1) que la couronne entend utiliser ou produire lors du procès; (2) qui ont été examinés, utilisés ou préparés au cours de l'enquête ou des procédures relatives à l'un ou l'autre des chefs d'accusation; (3) qui ont été obtenus de l'accusé ou qui lui appartiennent, ou (4) qui ont été saisis ou obtenus en vertu d'un mandat de perquisition émis pour les fins de l'enquête ou de la préparation du procès relativement à l'un ou l'autre des chefs d'accusation;

(f) Tout rapport ou toute déclaration d'expert fourni à la couronne ou aux responsables de l'enquête, dans le cadre de l'enquête ou de la préparation du procès relativement à l'un ou l'autre des chefs d'accusation, y compris les résultats d'examens physiques ou mentaux, de tests, d'expériences ou de comparaisons scientifiques et d'analyses des pièces à conviction, que la couronne ait ou non l'intention de citer chacun des experts ou d'utiliser ou de produire devant la cour le rapport, la déposition, le résultat, l'analyse ou la comparaison; et

une déclaration des qualités de chacun des experts que la couronne compte faire témoigner lors du procès;

(g) Les rapports d'accidents de véhicules automobiles reliés aux événements faisant l'objet de l'un ou de l'autre des chefs d'accusation;

(h) Sous réserve des dispositions énumérant les éléments qui ne sont pas sujets à la divulgation (voir l'article 5 ci-après), tout renseignement ou tout élément non compris dans l'une des catégories déjà mentionnées, qui pourrait s'avérer utile à la défense au cours des préparatifs du procès, ou qui tendrait à disculper l'accusé ou à mitiger la sanction, advenant le cas où il serait déclaré coupable.

4. Au cours de la réunion des procureurs, la couronne devrait faire connaître à la défense sa position eu égard aux questions suivantes:

(a) Si elle entend faire une preuve d'actes similaires;

(b) Si elle entend faire la preuve d'une plainte spontanée;

(c) Si elle entend produire le témoignage d'un complice;

(d) Si elle entend produire le casier judiciaire de l'accusé afin de mettre en doute sa crédibilité, s'il décide de témoigner;

(e) Les circonstances entourant toutes les séances d'identification ou les autres méthodes utilisées hors cour pour tenter d'identifier l'accusé, que l'accusé ait effectivement été identifié ou qu'il ne l'ait pas été;

(f) La théorie, ou les diverses théories, que la couronne présentera lors du procès;

(g) Quand il y a plus d'un chef d'accusation, l'ordre selon lequel la couronne entend en faire la preuve.

En outre, elle devrait fournir à la défense suffisamment de détails sur ces questions pour lui permettre de se préparer le mieux possible à y répliquer ou à utiliser les renseignements ainsi divulgués.

Renseignements et autres éléments non sujets à divulgation

5. Ces règles de divulgation devraient comporter les restrictions suivantes:

(a) La couronne devrait avoir le droit de refuser de divulguer l'identité de certains témoins. Les circonstances où elle aurait le droit de le faire et les procédures à suivre ont déjà été décrites dans la 1re partie.

(b) La loi devrait préciser que certains renseignements et autres éléments ne sont pas sujets à être divulgués. Cette catégorie devrait comprendre:

(i) *Les communications confidentielles*;

(ii) *Le secret d'État*;

(iii) *Les documents de travail*: à l'exception de la théorie, ou des diverses théories, que la couronne avancera lors du procès, cette exemption devrait comprendre les recherches juridiques, les dossiers, la correspondance et les notes, dans la mesure où ils contiennent des opinions, des théories ou des conclusions émanant du personnel à l'emploi des responsables de l'enquête ou de la couronne, ou dans la mesure où ils reflètent le processus mental qui a guidé ceux-ci au cours de l'enquête ou de la préparation de la cause en vue du procès;

(iv) *Les indicateurs de police*: la divulgation de l'identité d'un indicateur de police ne devrait pas être obligatoire lorsqu'elle pourrait avoir pour effet de nuire à l'efficacité de la lutte contre le crime menée par une agence gouvernementale. Toutefois, si la couronne a l'intention de faire entendre l'indicateur de police comme témoin à charge, ou si l'indicateur a, de fait, participé à la transaction qui fait l'objet de la poursuite, l'exemption devrait disparaître de ce fait.

Excision

6. Lorsque la loi ne prévoit la communication que de certaines portions d'un élément de preuve, on devrait divulguer le plus de renseignements possible tout en respectant les exigences de la loi. Il est préférable de ne révéler qu'une partie des renseignements que de retenir l'ensemble. Les matières qu'une ordonnance de la cour a permis de retenir devraient être mises sous scellé et gardées dans les dossiers de la cour, de façon à ce que le tribunal d'appel puisse y avoir accès si un appel était interjeté.